

UMA NOVA INTENDA DA PRISÃO “EX LEGE”: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*A NEW PROPOSITION OF THE “EX LEGE” DETENTION:
UNCONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 310, §2º, OF CRIMINAL PROCEDURE CODE*

Raul Abramo Ariano

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8147783121386609>

ORCID: 0000-0002-7733-2869

raul.a.ariano@gmail.com

Resumo: O artigo aborda a inconstitucionalidade da vedação legal de liberdade provisória para reincidentes, inserida ao ordenamento brasileiro pela Lei Federal 13.964/19. Para tanto, discorre-se sobre os diversos aspectos atinentes ao tema, dentre os quais, a análise jurisprudencial dos julgados do Supremo Tribunal Federal afeto às vedações de liberdade.

Palavras-chave: Liberdade provisória – Inconstitucionalidade – Lei Federal 13.964/2019.

Abstract: The article deal the unconstitutionality of the legal prohibition of provisional freedom for repeat offenders, inserted into the brazilian system by Federal Law 13.964/ 19. To this end, it discusses the various aspects related to the theme, among which, the jurisprudential analysis of the Supreme Federal Court’s judgments related to the prohibitions of freedom.

Keywords: Provisional freedom – Unconstitutionality – Federal Law 13.964/19.

A entrada em vigor da Lei Federal 13.964/2019 trouxe relevante inovação quanto à inviabilidade legal da concessão de liberdade provisória para agentes reincidentes. *In verbis*: “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”. Observa-se que a alteração processual emprega o comando legal “deverá”, retirando do ordenamento jurídico a possibilidade do magistrado atuar de forma diversa do que ao encarceramento cautelar na hipótese do reincidente preso em flagrante.

No entanto, tal dispositivo não apenas não encontra guarda constitucional como, inclusive, trata de tema cujo Supremo Tribunal Federal já se debruçou em diversas oportunidades: a imposição normativa de prisão cautelar *in abstractu*.

Assim, de partida, impossível ignorar que toda a sistemática penal pátria é lastreada sobre a excepcionalidade da prisão cautelar. Ora, o *codex* processual é muito claro ao estipular que a liberdade é a regra processual (art. 312, §2º e art. 282, §6º, ambos do CPP). Certo é, ainda, que tais normas existem para dar densidade às regras

constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito: presunção de inocência (art. 5º, LXVI, da CF), fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, LXI, CF) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

Não obstante, a inovação legislativa ora tratada impõe a custódia cautelar obrigatória e automática para todo e qualquer imputado reincidente que seja preso em flagrante, ao lhe vedar a possibilidade de gozar de liberdade provisória.

O entendimento é uma violenta afronta ao texto constitucional e, mais precisamente, ao princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LXVI, da CF), já que positiva um requisito abstrato, dispensando correlação com o caso concreto – o fato em apuração e os demais acontecimentos que demonstrem a necessidade da segregação cautelar. Assim, por força de um evento absolutamente externo e desconectado com aquele que deu fruto à prisão em flagrante (fato da condenação anterior que acarretou a condição de reincidência), prescinde-se da análise dos requisitos legais dos artigos 312 e 313, do CPP.

Não se pode desconhecer que toda a sistemática normativa pátria, bem como as inúmeras oportunidades em que as Cortes Superiores enfrentaram a questão (que serão melhores abordadas adiante), caminham no pacífico sentido de que é absolutamente inconstitucional a prisão cautelar automática – como nos moldes do que impõe o art. 310, §2º, CPP.

Nem se faz necessária grande abstração. A lição do Supremo Tribunal Federal não poderia ser mais clara:

a falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem, sim, mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória.¹

Os referidos “motivos idôneos à prisão preventiva” são o que a doutrina também traduz como “motivo concreto” para que, casuisticamente, seja permitido ao julgador negar um pedido de liberdade provisória:

a pena-padrão é uma desgraça ao princípio constitucional da individualização da pena; a prisão-padrão, uma lástima ao princípio constitucional da presunção de inocência. Inexiste qualquer fundamento constitucional mínimo para a proibição, sem motivo concreto, da liberdade provisória. Proibi-la é o mesmo que consagrar, às inversas, a prisão preventiva obrigatória.²

Nesse sentido, como bem apontado pela Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, além da presunção de inocência, a vedação à prisão cautelar obrigatória é inclusive amparada pela regra constitucional (art. 5º, LXI, CF) e legal (315, caput e incisos, CPP) da necessária fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão:

“Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.”³

Pois bem. No ponto, sempre importa rememorar que o princípio de não culpabilidade não é mero mecanismo para conclamar a aplicação da regra *in dubio pro reo*. Conforme bem destacado por **Gustavo Badaró**, consubstancia-se em verdadeira regra de tratamento que deve jogar luz sobre todo o processo:

a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias.⁴

Por conseqüência, o dispositivo do art. 310, §2º, do CPP, acaba por inverter a regra constitucional, na medida em que diretamente estabelece uma presunção de necessidade da prisão, subtraindo a intermediação valorativa do juiz aplicador do texto legal.

Em verdade, parece que a má técnica legislativa do normativo ignora por completo que, após a reforma processual do ano de 2008 (Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008), consagrou-se a prisão preventiva como único padrão determinante da prisão cautelar, afastando-se qualquer análise específica acerca de antecedentes (bons ou maus) e primariedade e reincidência.

E assim, como já adiantado, o argumento da inconstitucionalidade do art. 310, §2º, CPP, não emprega qualquer inovação de tese processual, mas tão somente acompanha o reiterado posicionamento das Cortes Superiores da proibição da vedação em abstrato à concessão de liberdade provisória. Para provar o ponto, a seguir são elencados casos análogos (senão idênticos) ao aqui tratado, de paradigmáticas discussões.

1. Quiçá o caso mais emblemático acerca da prisão cautelar legalmente fixada em abstrato é aquele tratado na antiga redação do dispositivo do art. 2º, II, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos): “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II - fiança e liberdade provisória”.

Na oportunidade, ao verificar que o texto legal não encontrava guarida na Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem editar a Súmula 679 (“a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”) e mitigar a incidência da vedação de liberdade provisória nos casos de crime hediondo.

A despeito do sumulado tratar especificamente dos casos em que há excesso de prazo, é cristalina a tônica dada nos votos acerca da necessária apreciação casuística dos requisitos legais dos arts. 312 e 313 do CPP, independente de existir ou não lei federal que vede em abstrato a hipótese da liberdade:

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. (...)

A privação cautelar da liberdade – que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade – somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário.⁵

A regra que exclui a fiança e a liberdade provisória - inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90 - pressupõe a prisão em flagrante.

Descabe empolgá-la para decretar a preventiva, sempre a exigir a observância dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A interpretação sistemática da Lei nº 8.072/90 é conducente a concluir-se pela possibilidade de o réu responder ao processo em liberdade, sendo suficiente, para assim entender-se, considerar que, mesmo condenado, poderá recorrer em liberdade - § 2º do artigo 2º.⁶

Ou seja, a lição é de translúcida nitidez: a vedação de liberdade provisória não pode restringir o alcance do art. 5º, LXV, da Carta da República, que garante o relaxamento da prisão eivada de ilegalidade. Há aqui indubitável colisão da Constituição Federal com a legislação processual em comento que, ao vedar o reestabelecimento do *status libertatis* para agente reincidente, retira a possibilidade de o magistrado entender por presumivelmente inocente o imputado.

Veja-se que tal entendimento que predominou na Corte Máxima acima tratado se consolidou com raízes tão profundas que, por força de atividade legislativa, o mencionado empecilho legal à liberdade provisória foi suprimido com o advento da redação dada pela Lei 11.464/2007.

2. Relembre-se o também paradigmático julgamento do Tema 959, tese de Repercussão Geral, discutida na oportunidade do julgamento do RE 1.038.925/RG, de relatoria do Ministro Relator **Gilmar Mendes**, em que em foi discutida a (in)constitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44, da Lei 11.343/2006⁷ (Lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD), de seguinte teor: “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Em julgamento que apoiou o referido entendimento dado à resolução do Recurso Extraordinário acima mencionado e, conseqüentemente, à fixação do Tema 959, foram invocados os argumentos de vigência da (i) presunção de inocência e devido processo legal e da (ii) subtração da análise casuística do julgador acerca da pertinência da prisão:

essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos

da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. (...) Assume, assim, a liberdade provisória, caráter de uma medida cautelar prevista no texto constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador.

Tal como decorre da sistemática constitucional, esse poder conformador há de ser exercido tendo em vista os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade.”^{8,9}

O caso, em verdade, cai como uma luva à mão para a presente avaliação, já que trata de lei federal que (i) instituiu empecilho *in abstractu* à liberdade provisória e, assim, (ii) colide com o texto constitucional. Nesse diapasão, por amor à uniformidade da sistemática constitucional-processual pátria, tem-se, em mesma medida, ser impossível uma conclusão diversa à inconstitucionalidade do art. 310, §2º, CPP.

3. É de se recordar, ainda, o histórico julgamento que, uma vez mais, trouxe seriedade aos dispositivos constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LXVI), da necessária fundamentação para todo e qualquer

tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a averiguação de compatibilidade constitucional do, então vigente, art. 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento – “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”), chegou à idêntica conclusão daquela acima destacada. Ou seja: de que não encontra guarda na Carta Magna uma hipótese de prisão cautelar automática e obrigatória.

No julgamento da ADI 3.112/DF, a vedação da liberdade provisória para os agentes imputados da prática de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito foi declarada inconstitucional por ferir os já exaustivamente tratados princípios constitucionais (i) da necessária fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI); e (ii) da presunção de inocência (art. 5º, LXVI):

Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.¹⁰

É nesse contexto que cumpre ressaltar que, se a inafiançabilidade – característica dotada apenas aos crimes de altíssima reprovabilidade social – não impede a concessão de liberdade provisória (daí admitir-se a concessão de liberdade provisória nos crimes de racismo, tortura e os definidos no Estatuto do Desarmamento), torna-se homérica (para não dizer “impossível”) a tarefa argumentativa de dotar de razoabilidade impedir tal liberdade em crimes que não recebem da Constituição Federal a distinção de tratamento de inafiançáveis.

4. Por derradeiro, importa mencionar que a lógica aqui tratada encontra ainda desamparo quando confrontada com a recente (e ao mesmo tempo antiga) posição da Corte Suprema acerca da incompatibilidade da execução provisória da sentença penal de condenação com o disposto no art. 5º, LIV e LVII, CF (ADCs 43, 44 e 54).

Pelas lúcidas lições do voto do Ministro Relator **Celso de Mello**, o estado de inocência, por imposição legal, é a regra, devendo ser tratado como tal:

(1) a presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo, de caráter fundamental, expressamente contemplado na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII);

(2) o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal.¹¹

Há aqui mais um demonstrativo de que o Supremo Tribunal Federal dá voz à Constituição ao tratar o encarceramento de um cidadão como ato da mais alta seriedade e, para tanto, deve ser a última medida da *ultima ratio* jurídica.

Esse teratológico cenário imposto pela obrigatoriedade do encarceramento cautelar do reincidente não pode perdurar.

Certo é que tal movimento legislativo não é desamparado de contexto. Há muito a doutrina alerta que estamos diante de verdadeira transição de modelos processuais que, cada vez mais, empreendem ruptura com o modelo acusatório. **Gustavo Badaró**, ao tecer comentários acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, nos fornece preciso panorama de que o avanço do emprego da chamada “justiça consensual”, mais do que mera incidência de novos mecanismos legais, em verdade opera uma profunda quebra de diretrizes epistemológicas do processo penal:

é voltar a sistema punitivo em que a centralidade não está na busca dialética de provas como mecanismo de suporte da versão a ser adotada como a preferível na reconstrução histórica dos fatos, mas em uma imposição solipsística de uma ‘verdade’ escolhida. Trata-se de um modelo de punição rápida, que ignora a verdade, substituída por uma mera crença autorreferenciada na ‘evidência dos fatos’.¹²

Assim, no campo penal, cada vez mais a análise casuística e artesanal perde espaço para mecanismos automáticos de invocação das respostas punitivistas agressivas, inclusive com o atropelo de garantias constitucionais como efeito colateral dessa afoita marcha.

É exatamente nesse cenário de recrudescimento da atividade processual penal que o ataque direto à liberdade como regra dá contornos mais nítidos ao movimento de distanciamento de um processo penal plenamente acusatório e, paradoxalmente às inovações da justiça consensual, retrocede ao que o jurista supra referido chama de um “velho-novo modelo” de se fazer justiça criminal.

Notas

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.163/PE*. Prisão cautelar que se prolonga por mais de 06 (seis) anos. Réu pronunciado, mas sequer submetido a julgamento perante o tribunal do júri. (...). Relator: Min. Celso de Mello, 16 de dezembro de 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170131_017.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais processuais penais*. São Paulo: Editora Forense, 2015, p. 339.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 76.779*. Voto-vista ministra maria thereza de assis moura: Pedi vista dos autos para melhor apreciar a relação entre a Lei n. 11.343/06, novo Diploma de Tóxicos, e a Lei n. 11.464/07, alteradora da Lei dos Crimes Hediondos. (...) Relator: Min. Felix Fischer, 04 de março de 2008. Disponível em https://processo.stf.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3189349&num_registro=200700284151&data=20080404&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 26 fev. 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil : 2020. P. 71.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 80.379-2/SP*. Habeas corpus - crime hediondo – clamor público - decretação de prisão cautelar – inadmissibilidade. (...) Relator: Min. Celso de Mello, 18 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78375>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 77.052/MG*. Competência - habeas corpus - ato de tribunal de justiça. na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra). (...) Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo122.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- Art. 44 “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” (destacou-se).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 104.339/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 4 de dezembro de 2012. Disponível: <https://www.stf.jus.br/arquivo/>

[djEletronico/DJE_20121205_239.pdf](#). Acesso em: 20 fev. 2021.

- Em igual medida: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *HC 93.115/BA*. Processual penal e Constitucional. Tráfico de entorpecentes. Segregação cautelar. Garantia da ordem pública. Ausência de indicação de situação fática (...). Relator: Min. Eros Grau, de 04 de maio de 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100527_096.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020; (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 100.185/PA*. Relator: Min. Dias Toffoli, 05 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20100805_145.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021; (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 74.666/RS*, Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. constitucional e processual penal. possibilidade. (...) Rel. Min. Celso de Mello, 11 de outubro de .2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11697421>. Acesso em: 26 fev. 2021; e (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 91.386/BA*. 1. “Operação Navalha”. Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. (...) Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080515_088.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *ADI 3.112*. LEI 10.826/2003. Estatuto do desarmamento. Inconstitucionalidade formal afastada. Invasão da competência residual dos estados. Inocorrência. Direito de propriedade. Reltor: Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007. Disponível: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20071025_131.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 43, Voto O Senhor Ministro Celso De Mello: 1. “O direito do cidadão ao governo honesto”: a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa. (...) Rel. Min. Marco Aurélio, 07 de novembro de 2019. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.
- BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coords.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-149.

Recebido em: 06.04.2020 - Aprovado em: 05.02.2021 - Versão final: 26.02.2021