

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A (IN) CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA

THE (IN)CONSTITUTIONALITY AND THE (UN)CONVENTIONALITY OF PRETRIAL DETENTION ONLY IN THE BASIS OF RECIDIVISM

Fernando de Oliveira Zonta

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP. Pós-Graduado (lato sensu) em Direito Penal Econômico pela FGV. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8831174063902491>

ORCID: 0000-0002-5725-8059

zonta.fernando@gmail.com

Amanda Pilon Barsoumian

Pós-Graduada (lato sensu) em Conflitos Internacionais e Globalização pela UNIFESP. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9636338761477970>

ORCID: 0000-0002-5696-842X

apbarsoumian@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a (in) constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal brasileiro, no tocante específico à reincidência como fundamento, por si só, para decretação ou manutenção da prisão processual. A partir da análise da Constituição Federal, da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se pela inconstitucionalidade de referido dispositivo, pois viola, dentre outros princípios constitucionais, a presunção de inocência. Outrossim, a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se pela inconvenção do referido dispositivo, pois denota um resgate do famigerado Direito Penal do autor.

Palavras-chave: Reincidência, Prisão Processual, "Lei anticrime".

ABSTRACT: This article aims to analyze the (in)constitutionality of article 310, §2 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, regarding specifically the recidivism as the only basis for the issue or maintenance of pretrial detention. Drawing on the analysis of the Brazilian Constitution, the doctrine and the jurisprudence of the Supreme Federal Court, the conclusion is that the referred pretrial detention is unconstitutional, as it violates, among other constitutional principles, the presumption of innocence. Furthermore, based on the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the conclusion is that the aforementioned pretrial detention is also unconventional, as it denotes a rescue of the "Criminal law of the author".

Keywords: Recidivism, Pretrial Detention, "Anti-crime Law".

O presente artigo tem como escopo analisar um ponto muito específico das alterações realizadas em todo sistema penal e processual penal pela Lei nº 13.964/2019 (Lei "Anticrime"), qual seja, a inclusão do §2º ao artigo 310 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação: "*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*" (sem destaque no original).

A pertinência do presente estudo se dá pela disposição legal expressa no sentido de que a reincidência, se verificada, impede a concessão de "liberdade provisória" (artigo 310, §2º do Código de Processo Penal), bem como em razão de decisões¹ que já têm se apoiado em tal disposição legal para decretar ou manter prisões processuais em casos em que o acusado é reincidente.

Esclarecida, portanto, a finalidade do presente artigo, passemos à questão central a ser respondida: a prisão processual em razão única e exclusivamente da reincidência é constitucional?

Inicialmente, vale rememorar que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz pode relaxar a prisão em flagrante ou convertê-la em prisão preventiva. Caso o flagrante esteja formalmente em ordem e não estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos (artigo 312 c/c artigo 313, ambos do Código de Processo Penal) para a decretação da prisão preventiva, é caso de se conceder a "liberdade provisória".

Em nossa ótica, há duas potenciais interpretações para o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal: a criação de nova modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante, se presente um dos requisitos para a vedação da concessão de "liberdade provisória"; ou a interpretação conjunta entre o artigo 310, §2º do Código de Processo Penal e o instituto da prisão preventiva.

Caso se entendesse pela criação de uma nova espécie de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante, seria forçoso admitir que tal inovadora modalidade de segregação processual se daria em razão da (i) legalidade formal da prisão em flagrante; (ii) não existência de requisitos para decretação da prisão preventiva (artigo 312 c/c artigo 313, ambos do Código de Processo Penal); e (iii) impossibilidade de concessão da "liberdade provisória", em razão do preenchimento de um dos requisitos do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, de acordo com o *caput* do artigo 310, a prisão em flagrante possui prazo exíguo, de apenas vinte e quatro horas, oportunidade em que deverá ser realizada a audiência de custódia, adotando-se uma das ações previstas em seus incisos (relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória). Após o prazo referido, portanto, a prisão em flagrante é ilegal, devendo ser relaxada (LOPES JR., 2017, p. 54).

É exatamente por esse motivo que não se pode compreender a redação do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal como criação de nova modalidade de prisão processual em continuidade automática da prisão em flagrante, sob pena de se inverter a racionalidade dos institutos e se ignorar a interpretação sistemática entre o *caput* e os parágrafos do artigo 310, Código de Processo Penal.

Por outro lado, poder-se-ia compreender que a regra do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal deve dialogar com o instituto da prisão preventiva, de modo que, preenchido um dos requisitos (reincidência; integração de organização criminosa armada ou milícia; ou porte de arma de fogo de uso restrito), estar-se-ia diante de presunção de *periculum libertatis*, mais especificamente quanto à garantia da ordem pública. Esta, salvo melhor juízo, parece ser a opção mais adequada para a interpretação do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, inclusive sob uma perspectiva sistemática.

Contudo, ao adotar tal posição, forçoso admitir que seria a reincidência uma hipótese de presunção de *periculum libertatis*. E mais: tal presunção, ao que parece pela leitura da letra fria da lei, seria absoluta (*iure et de iure*).²

É exatamente a partir daqui que começam a surgir os questionamentos acerca da constitucionalidade do referido dispositivo legal, isso porque, inegavelmente, estamos diante de prisão preventiva *ex lege* (ou seja: automática e sem fundamentação concreta). Passemos, pois, à análise da (in)constitucionalidade do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando o princípio da presunção de inocência. Trata-se de princípio reitor do processo penal brasileiro, decorrente da evolução garantista que culminou pela adoção de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput* da Constituição Federal), de modo que tem como objetivo restringir o poder punitivo do Estado em relação aos seus cidadãos.

Segundo **Jaime Vegas Torres** (*apud* LOPES JR., 2019, p. 98), uma das principais manifestações da presunção de inocência é a regra de tratamento a ser adotada durante o processo penal e antes dele, na fase pré-processual, segundo a qual se deve reduzir ao máximo as medidas que restringem a liberdade e demais direitos do acusado antes que ele seja definitivamente considerado culpado.³ Ou seja, o princípio da presunção de inocência traz em sua essência uma vedação ao uso abusivo das prisões cautelares (dimensão interna).

Portanto, a lei infraconstitucional que determina a prisão processual do acusado como regra deve ser considerada inconstitucional (LIMA, 2020, p. 1054), uma vez que a Carta Magna determina que a regra é a inocência - e, por consequência, a liberdade -, devendo a culpa ser comprovada a partir de um processo penal baseado na ampla defesa e no contraditório.

Ademais, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em conjunto com o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), o que leva à conclusão de que ninguém pode ser considerado, em maior ou menor grau, presumidamente culpável em razão do crime que supostamente cometeu ou de outras circunstâncias pessoais (como a reincidência, por exemplo), sendo a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) uma garantia de todos os cidadãos, indistintamente (LOPES JR., 2014, p. 219).

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, sempre se inclinou pela declaração de inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais que determinam a prisão processual *ex lege*, ou seja, sem qualquer possibilidade de consideração pelo magistrado acerca da adequação, necessidade, proporcionalidade e excepcionalidade da medida cautelar extrema.

Na ADI 3112/STF, de relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, julgada em 2 de maio de 2007, decidiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 21 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento),⁴ que determinava que alguns dos crimes lá previstos seriam insuscetíveis de liberdade provisória. Em seu voto, o Ministro Relator afirmou a vedação de prisão processual *ex lege*, em razão da incompatibilidade com os comandos constitucionais da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Outrossim, no HC nº 104.339/STF, de relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, julgado em 10 de maio de 2012, decidiu-se pela inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas).⁵ Na ocasião, o STF entendeu que a prisão processual *ex lege* do indivíduo que pratica crime de tráfico de drogas constituía “inequívoca antecipação de pena” (STF, 2012, p. 6), bem como invertia a regra constitucional que exige a fundamen-

tação dos decretos prisionais (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), pois estabelecia uma presunção de necessidade da prisão, “afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.” (STF, 2012, p. 11). Ainda, especificamente sobre este particular, vale rememorar que a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) foi reafirmada por ocasião do julgamento do RE nº 1.038.925/STF, com repercussão geral.

Sob esse olhar, vale destacar que em um caso em que a própria Constituição determina a inafiançabilidade do tráfico de drogas (artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal), crime inclusive equiparado a hediondo (artigo 2º da Lei nº 8.072/90), o STF julgou desproporcional a prisão *ex lege*. Assim, com mais razão, deve ser considerada inconstitucional a prisão automática do acusado reincidente (artigo 310, §2º, Código de Processo Penal).

No mais, rememora-se os já pacificados entendimentos pelos quais a gravidade abstrata das imputações delitivas não é apta a ensejar a decretação da prisão preventiva (HC nº 126.003/STF; HC nº 139.325/STF),⁶ bem como ilações e suposições sem respaldo concreto acerca do *periculum libertatis* não são motivos suficientes a embasar a prisão processual (HC nº 130.803/STF; HC nº 143.065/STF).⁷

Ora, se a gravidade em abstrato do delito e suposições sem observância aos elementos concretos dos autos não são fundamentos aptos, por si sós, a ensejar a prisão preventiva, por certo também que a simples e mera constatação do *status* de reincidente não é motivo o bastante para ensejar, por si só e automaticamente, a prisão preventiva.

Em outras palavras: sempre - e aqui efetivamente usa-se a palavra “sempre” sem que caiba qualquer exceção - será necessária a fundamentação idônea, respaldada em elementos concretos dos autos, para que seja decretada a prisão preventiva, sob pena de violação de um punhado de princípios basilares do direito penal e processual penal, quais sejam: a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), a obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI c/c artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal) e a ampla defesa e o contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Por fim, frise-se que o conceito de reincidência, por si só, denota um resgate do famigerado Direito Penal do autor, ou seja, julga-se o indivíduo pelo que ele é e não pelo que ele fez (FERRAJOLI, 2014, p. 459). Trata-se de previsão que não se coaduna com a evolução dos direitos humanos em matéria penal e com o Estado Democrático de Direito, pois ignora a necessidade de se adotar um Direito Penal acerca exclusivamente dos fatos e condutas do indivíduo, estes previstos de forma expressa e estrita na lei, em observância ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal).

Outrossim, esse juízo de periculosidade do autor - juízo acerca da probabilidade de que ele volte a cometer delitos no futuro - não se apoia em nenhum estudo aprofundado acerca de sua personalidade, mas apenas na análise de seu passado, ou seja, dos crimes que já cometeu e pelos quais já cumpriu uma pena,⁸ em clara violação ao princípio do *ne bis in idem* (FILIPPO, 2020, p. 21).

A partir dessas constatações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou inconveniente o “juízo de periculosidade” previsto na legislação penal guatemalteca no Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, afirmando que a invocação de tal conceito “*substitui o Direito Penal do ato ou do fato, próprio do sistema penal de uma sociedade democrática, pelo Direito Penal do autor, que abre a porta ao autoritarismo especialmente em uma matéria na qual estão em jogo os bens jurídicos de maior hierarquia*”⁹ (CORTEIDH, 2005, §94, tradução livre). Trata-se de decisão que deve ser estendida ao conceito de reincidência existente no direito penal brasileiro (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 250), o qual implica sim em um juízo de periculosidade, culminando em diversas consequências gravosas ao indivíduo, como é o caso da prisão processual em análise.

Em conclusão, podemos afirmar que: (i) é necessário interpretar o

artigo 310, §2º do Código de Processo Penal em consonância com o instituto da prisão preventiva e não como modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante. Daí se tem que (ii) a reincidência, pela letra fria da lei, geraria uma presunção absoluta de *periculum libertatis*, culminando na prisão *ex lege*, o que se mostra (iii) manifestamente inconstitucional, haja vista que é vedada a prisão sem fundamentação idônea e concreta, sob pena de se ferir de morte os princípios da presunção de inocência (artigo

5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Por fim, observa-se que (iv) a reincidência possui forte apego ao denominado Direito Penal do autor, em frontal oposição ao Direito Penal do fato, o que culmina em violação aos princípios da legalidade e do *ne bis in idem*.

Notas

- ¹ Cite-se, como exemplos: (i) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, atualmente em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP; (ii) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500256-10.2019.8.26.0257, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Ipuã, SP; (iii) decisão proferida por ocasião da realização de audiência de custódia nos autos da ação penal nº 1500095-73.2020.8.26.0383, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Nhandeara, SP; (iv) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 0045821-66.2019.8.26.0000, em trâmite junto à 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo; e (v) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 2089639-97.2020.8.26.000, em trâmite junto à 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.
- ² Nesse sentido, remete-se o leitor à fundamentação da sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP.
- ³ Também, nesse sentido, BRITO *et. al* (2019; capítulo 2.2): “O chamado princípio do estado de inocência implica a exigência de observância de duas regras básicas: a primeira delas, relativa à instrução probatória, atribui à acusação o ônus de comprovar cabalmente a existência do crime e autoria; a outra diz respeito ao tratamento conferido ao acusado no curso do processo, que não pode receber punições antecipadas com fundamento na sua provável condenação.” (sem destaque no original)
- ⁴ Artigo 21 da Lei nº 10.826/03: “Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”
- ⁵ Artigo 44 da Lei nº 11.343/06: “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.” (sem destaque no original).
- ⁶ Confira-se o posicionamento de Guilherme Nucci (2011, p. 71-72): “A prisão é um fato jurídico, que advém de um fato processual; nada se calca em pura teoria ou tese. É indispensável que o magistrado apresente, conforme as provas constantes

do inquérito ou do processo, os dados reais, que sirvam de base à decretação da prisão cautelar. Do contrário, banalizando-se a preventiva, apresentando-a sem fundamentação idônea, termina-se por inverter a ordem constitucional, que prevê a liberdade como regra e a prisão, pura exceção.”

Em sentido similar também é a posição de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.”

- ⁷ Neste sentido, destaque-se os ensinamentos de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.”
- ⁸ Veja-se, nesse sentido, Ferrajoli (2014, p. 465-466): “A condição de reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antiguidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rejeitaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para agravamento da pena. ‘A pena’, escreve Pagano, ‘cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida.’ E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face dos delitos precedentes.”
- ⁹ No original: “sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (CORTEIDH, 2005, §94).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007. Brasília: DJU, 26/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104339*, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012. Brasília: DJU, 6/12/2012.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA; Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. E-book. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentença de 20 de junho de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Lei Anticrime e reincidência: um flerte com o

direito penal do autor. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 20-22, mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: CEI, 2017.

Recebido em: 11/03/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 01/07/2020

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | NOVEMBRO DE 2020 BOLETIM IBCCRIM N.º 336

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL VIOLARIA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS?

WOULD DECRIMINALIZING ABORTION IN BRAZIL VIOLATE THE INTER-AMERICAN
HUMAN RIGHTS SYSTEM?