



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA-UEPB
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA- PRPGP
CONVÊNIO UEPB- ESMA – TJPB
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

MARIA EDUARDA SANTANA DOS SANTOS

**O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO
JUDICIAL.**

**JOÃO PESSOA-PB
2024**

MARIA EDUARDA SANTANA DOS SANTOS

O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO
JUDICIAL.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em prática judicante.

Área de concentração: Processo de Execução Penal.

Orientadora: Prof. Ma. Thana Michelle Carneiro Rodrigues

JOÃO PESSOA-PB
2024

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237p Santos, Maria Eduarda Santana dos.

O processo de execução penal na perspectiva da atuação judicial [manuscrito] / Maria Eduarda Santana dos Santos. - 2022.

43 p.

Digitado. Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2024. "Orientação : Profa. Ma. Thana Michelle Carneiro Rodrigues, Coordenação do Curso de Direito - CCJ. "

1. Advogado. 2. Estado democrático de direito. 3. Execução penal. I. Título

21. ed. CDD 345.077

MARIA EDUARDA SANTANA DOS SANTOS

O PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL NA PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.

Trabalho de Conclusão de Curso ao Programa Preparatório à Magistratura com Prática Judicial e Pós-Graduação em Prática Judicante da Escola Superior da Magistratura da Paraíba em convênio com a Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Processo de Execução Penal.

Aprovado(a) em: 21/11/2022

Nota:9,0

BANCA EXAMINADORA

THANA MICHELLE CARNEIRO Assinado de forma digital por THANA
MICHELLE CARNEIRO RODRIGUES:4736834
RODRIGUES:4736834 Dados: 2024.09.17 12:02:38 -03'00'

Profa. Ma. Thana Michelle Carneiro Rodrigues
(Orientadora)

ANA CHRISTINA Assinado de forma digital por
ANA CHRISTINA SOARES
SOARES PENAZZI PENAZZI COELHO:4723252
COELHO:4723252 Dados: 2024.09.24 18:15:18
-03'00'

Profa. Ma. Ana Cristina Soares Penazzi Coelho
(Examinadora)

LORIE NE ASSIS Assinado de forma digital por
LORIE NE ASSIS DOURADO
DOURADO DUARTE:44711956204
DUARTE:44711956204 Dados: 2024.09.24 00:22:17 -03'00'

Profa. Ma. Lorie ne Assis Dourado Duarte
(Examinadora)

À DEUS, meu Pai celeste, a toda minha família, pelo amor, dedicação e companheirismo, ao meu esposo pelo apoio e as minhas amigas, que oraram e intercederam por mim, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que me concedeu o fôlego de vida, que escreveu todos os dias a minha história, inclusive o dia de hoje, que sempre fora o meu guia, mesmo nos dias difíceis. Ele foi a voz que falava “este é o caminho” e assim me permitiu chegar até aqui, sustentando-me com sua forte mão. A Ti, Senhor, toda honra, toda glória, todo louvor, pois só o Senhor é digno.

Aos familiares e amigos, pelo incessante apoio durante todo o período de produção do presente trabalho. Mostraram-me, quando mais precisei, que inexistia objetivo impossível quando empregado trabalho, persistência e dedicação. Portanto, todo meu carinho e amor.

Aos meus pais, a minha eterna gratidão pelo dom da vida, em especial a minha mãe Maria do Socorro que disse sim a sua quarta gestação e me amou, venceu os obstáculos e me educou com maestria.

Aos meus irmãos, pelo vínculo sanguíneo que nos une, por serem combustível de força e alegria nos dias difíceis, em especial minha amada irmã Edivania, que foi e é um exemplo de mulher e aluna, que sempre cultivou em mim a importância dos estudos.

A minha avó, Francisca, que com sua sabedoria me educou e que apesar de suas limitações me ensinou as vogais e disse que ainda haveria muito a aprender. Agradeço pelo amor incondicional.

Aos colegas de turma (CPM 2021.2) que se tornaram amigos, obrigada por tornarem a caminhada mais leve.

Aos professores da ESMA, pela partilha de conhecimento, inspirando-nos com todo entusiasmo e motivação pela atividade judicante.

A Prof. Thana, por me orientar durante este percurso, sem ela este trabalho não seria possível.

Hoje sou resultado da confiança de cada um de vocês.

RESUMO

O presente estudo buscou analisar a indispensabilidade de uma atuação proativa do magistrado (a) no âmbito da execução penal, haja vista que a implementação de novos sistemas não pode substituir a atuação humana ativa e atenta aos direitos de cada reeducando. Desse modo buscou-se analisar os princípios do Direito Penal, os quais são norteadores de todo o direito material e processual, bem como o contexto das funções das penas no Estado Democrático de Direito e ainda as relevâncias da Lei de Execução Penal no que diz respeito ao direito de progressão de regime do apenado. Para tanto será considerado as fontes normativas e doutrinárias e por fim, como são impostas as penas afim de se alcançar a progressão de regime, o qual é um direito garantido a todos aqueles que cumprem pena e que é alcançado com a devida atenção do magistrado (a).

Palavras-chave: Advogado. Estado Democrático de Direito. Execução Penal.

ABSTRACT

This study sought to analyze the indispensability of the criminal lawyer in the context of criminal enforcement, given that the implementation of new systems cannot replace what our Magna Carta says justice is indispensable. Thus, we sought to analyze the principles of Criminal Law, which guide all material and procedural law, as well as the context of the functions of sentences in the Democratic State of Law and the relevance of the Criminal Execution Law with regard to the criminal's right of progression. For this, normative and doctrinal sources will be considered and, finally, how they are imposed in order to achieve regime progression, which is a right guaranteed to all those who are serving a sentence and which is achieved with the proper performance of a lawyer (a) criminalist.

Keywords: Lawyer. Democratic state. Execution. Criminal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

CPP Código de Processo Penal

HC *Habeas Corpus*

STF Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL E A CORRELAÇÃO COM A EXECUÇÃO PENAL	11
2.1	Da Dignidade da Pessoa Humana.....	12
2.2	Da Fundamentação das decisões judiciais	12
2.3	Da proporcionalidade.....	13
2.4	Da excepcionalidade das prisões cautelares.....	14
3	DA PRISÃO PREVENTIVA	17
4	DA VEDAÇÃO EXPRESSA A LIBERDADE PROVISÓRIA	19
5	DO §2º DO ARTIGO 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	22
5.1	Dos agente reincidente	23
5.2	Do agente que integra organização armada o milícia	26
5.3	Do agente que porta arma de fogo de uso restrito.....	31
6	CONCLUSÃO	35
	REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a atuação proativa do magistrado no âmbito da execução penal, considerando que nos últimos anos com o advento dos avanços tecnológicos fora implementado novos sistemas de acompanhamento do cumprimento da pena do reeducando, contudo, no desenvolver deste estudo ficará demonstrado que embora haja novos sistemas e por mais completo que o mesmo possa parecer não é capaz de substituir a atuação ativa e atenta daquele que está na missão de conceder benefícios e analisar direitos, em especial para a concessão de benefícios processuais, a exemplo da progressão de regime, ou seja o magistrado (a).

O direito material penal e o direito processual penal juntamente com a legislação extravagante, como a Lei de Execuções Penais, de número 7.210/1984, disciplinam como deve ser a reinserção do apenado na sociedade, contudo, a ausência de um juízo atento aos direitos dos reeducando pode acarretar em uma progressão de regime tardia, o que se revela uma afronta aos princípios do Direito Penal, bem como um constrangimento por manter o reeducando em regime fechado por mais tempo que o necessário, violando assim os direitos constitucionais do mesmo.

Diante disto, percebemos o quão importante se faz compreender que o magistrado (a) deve atuar na execução penal sempre atento ao futuro, pois, a eficiência deste juízo que se atenta aos direitos dos presos faz toda a diferença no sistema penal por inteiro, e como bem diz Rogério Schietti Cruz (2020, p.06), “quem lida com a liberdade humana não pode tratá-la como um assunto cotidiano”, desse modo, o juiz deve ter o zelo de analisar cada processo de execução penal com a individualidade que cada um possui e assim buscar o melhor direito, do contrário um sistema que algumas vezes não é devidamente alimentado como a implantação de informações atualizadas pode ocasionar direitos estagnados no tempo.

Contudo, no discorrer deste artigo todas estas peças serão devidamente encaixadas de modo a compreender do quanto se faz necessário este estudo e principalmente da mais ativa participação estatal para que possamos alcançar uma atuação digna dos juízes na execução penal, que embora em regra o juiz é inerte, no âmbito da execução penal a atuação eficiente se revela mais adequada e apropriada a sociedade vigente, que tem se amoldado em costumes distintos, mas, que possuem os mesmos anseios de uma vida digna e que tal dignidade não lhe seja afastada ao cumprir uma pena, em especial se for pena privativa de liberdade e que seu direito de progressão seja concedido no tempo apontado a partir do quantum de sua pena.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EM CORRELAÇÃO COM A EXECUÇÃO PENAL

A priori se faz importante tecer uma breve explanação de forma ampla e suscita sobre os princípios do direito penal, processual penal e a sua correlação com a execução penal.

Em nosso ordenamento jurídico os princípios possuem a função de nortear, não como a legislação que em caso de conflito se aplica a mais específica, mas, os princípios possuem uma dimensão diferente da lei, que é a extensão de peso e importância, considerando o que deve, no caso em concreto, ser mais valorado, se este ou aquele princípio.

Se faz mister destacar que os princípios nem sempre são explícitos em legislações, a exemplo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está esculpido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, e que será melhor abordado posteriormente, mas, alguns princípios estão implícitos nas legislações e outros surgiram a partir de compreensões doutrinárias.

De todo modo, os princípios são válidos e aplicáveis ao nosso direito e de maneira especial no âmbito do direito penal por ser um direito que lida com o segundo maior bem de um indivíduo que é a liberdade e por extensão deve ser ponderado no presente trabalho, vez que na execução penal a liberdade do indivíduo é o seu maior bem.

2.1 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo este um valor base para todo sistema jurídico que se fundamente em democracia, justiça e moralidade, como diz Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Larazi (2018, p.129):

“Pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação.”

Esse princípio se correlaciona intrinsecamente com a pena, uma vez que a ninguém pode ser imposta pena que cause ofensa a dignidade da pessoa humana, de modo que em nosso ordenamento é vedado reprimenda cruel, desumana, indigna ou degradante, este princípio é norteador ao Estado quando da criação, aplicação e especialmente na execução das leis penais, se fazendo oportuno destacar o ensino de Heráclito e Mossim (2020, p.127), que diz:

“A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), recepcionada pelo Brasil, muito embora quase sempre esquecida ou ignorada pelos aplicadores do Direito, contém regras gerais dirigidas às pessoas como seres humanos, independentemente de serem acusadas ou não de prática delitiva, posto que o réu jamais perde sua qualidade de ser humano, posto tratar-se de sua própria formação biológica com traços próprios do ponto de vista da personalidade. De forma indubitável, o réu, o próprio condenado, naturalmente conserva sua dignidade, somente perdendo, quando delinquente, seu conceito social e seus antecedentes frente ao poder punitivo do Estado.”

Assim sendo, não basta apenas o juízo competente respeitar o acusado, o réu ou o reeducando no curso do procedimento criminal, mas, sobretudo dar a devida deferência a sua dignidade de ser humano, bem como, zelar para que ela seja mantida, ainda que inserido no Sistema Penal.

2.2 Da fundamentação das decisões judiciais

Além da impossibilidade de afastamento do princípio da presunção de inocência durante todo o curso do processo criminal, o magistrado deverá, necessariamente, fundamentar suas decisões, conforme estabelece o artigo 93, IX, da Constituição Federal, ao dispor que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Dessa forma, deve o juiz, ao proferir decisão, indicar os elementos presentes nos autos que evidenciem a necessidade da segregação cautelar do acusado, apontando a indispensabilidade da medida extrema com arrimo nas singularidades do caso concreto, e não em razão da gravidade abstrata do delito (NUCCI, 2022).

O mencionado princípio também encontra previsão no inciso LXI, do artigo 5º, da Lei Maior, prescrevendo que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Como explanado, a prisão cautelar, por privar o indivíduo de um dos seus direitos mais significativos, a liberdade, consiste em providência excepcional, exigindo, assim, a explanação dos motivos e fundamentos reais e individualizados de cada caso, sob pena de nulidade da decisão (RANGEL, 2021).

Além dos dispositivos legais acima nominados, o postulado em estudo encontra-se estabelecido nos artigos 283 e 315, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, dispondo, respectivamente, que “ninguém poderá ser preso senão em

flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, e que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”.

Depreende-se, assim, que qualquer decisão judicial que decreta a prisão de um indivíduo não deve se respaldar tão somente em premissas abstratas e reprodução de expressões contidas nos artigos que versem sobre os requisitos das prisões cautelares. Necessitam, pois, de razões de fato e de direito suficientes que fundamentem a segregação cautelar do réu, sob pena de nulidade do *decisum*. Nesse sentido, lecionam os doutrinadores Victor Eduardo R. Gonçalves e Alexandre Cebrian A. Reis (2022) que:

Tal deficiência é nítida quando o juiz utiliza argumentos genéricos, sem apontar nos autos as provas específicas que o levaram à absolvição ou condenação ou ao reconhecimento de qualquer circunstância que interfira na pena. Não pode o juiz se limitar a dizer, por exemplo, que a prova é robusta e, por isso, embasa a condenação. Deve apontar especificamente na sentença quais são e em que consistem estas provas (GONÇALVES, REIS, 2022, p. 97).

Ademais, acrescente-se que a necessidade de fundamentação não se limita às sentenças, mas deve estar presente em todas as decisões judiciais, como estabelecido pelos artigos da norma constitucional e processual penal acima mencionados. Tal postulado permite, portanto, que as partes compreendam os reais motivos que conduziram o magistrado a decidir deste ou daquele modo.

2.3 Da proporcionalidade

Embora não seja um princípio previsto explicitamente em um dos artigos da Constituição Federal, é possível extrair o princípio da proporcionalidade a partir do momento em que se limita a atuação do Poder Público frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Trata-se, portanto, de um juízo de ponderação entre os interesses individuais e coletivos, realizado a partir de uma escala de valores que os operadores do direito devem, obrigatoriamente, observar (JUNIOR, 2021).

A premissa aqui analisada guarda íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos individuais a ela pertinentes, de forma que violar o princípio da proporcionalidade significa, também, transgredir o fundamento do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade humana. Dessa forma, o conjunto de normas do Estado, bem como, conseqüentemente, as decisões judiciais, devem proteger a pessoa humana contra limitações

excessivas e desnecessárias aos seus direitos e garantias assegurados constitucionalmente, ponderando, no caso concreto, qual o valor constitucional deve prevalecer (PACELLI, 2021).

Ainda, o princípio da proporcionalidade é composto por outros dois: adequação e necessidade, subprincípios do primeiro. Por princípio da adequação entende-se que a medida adotada deve ser adequada (ou apropriada) a fim de satisfazer o interesse público e alcançar o resultado pretendido. Já a necessidade é verificada quando não há outro meio igualmente eficaz a ser adotado e que não restrinja, ou restrinja de forma menos danosa, o direito fundamental em jogo (MARCÃO, 2021).

Na seara criminal, o princípio da proporcionalidade possui expressiva relevância, tendo em vista que obriga o operador do direito a avaliar a proporcionalidade entre a infração penal em apuração e a violação ao direito constitucional a ser materializada. Ou seja, deve o julgador encontrar o limite de restrição do direito, de modo que não aplique ao acusado uma restrição desproporcional ao seu direito fundamental a ser protegido.

Dessa forma, deve haver proporção entre a gravidade concreta da transgressão cometida e a sanção penal aplicada, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade (NUCCI, 2022). A fim de exemplificar o que aqui foi explanado, a custódia cautelar não pode ser decretada na fase instrutória se constitui medida mais gravosa do que a própria pena a ser cumprida em caso de eventual condenação. Em outras palavras, há violação ao princípio em comento quando o acusado é mantido preso durante toda a instrução processual, contudo, ao ser condenado, há possibilidade de aplicação de penas alternativas.

Ainda, a proporcionalidade inicia-se através do legislador penal, que possui importante função ao construir tipos penais adequados e proporcionais às infrações penais que visa punir, especialmente no que tange à sanção penal cominada. Do outro lado, o Poder Judiciário deve sopesar direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, avaliando a real necessidade das medidas cautelares em face do indivíduo, considerando, no caso concreto, a gravidade do delito.

2.4 Da excepcionalidade das prisões cautelares

Como visto, a prisão cautelar trata-se de providência extrema que confronta com um dos direitos fundamentais mais relevantes do indivíduo, a sua liberdade. Dessa forma, deve ser decretada apenas quando inadequadas e insuficientes outras medidas diversas da segregação. Para tanto, o Código de Processo Penal consagrou, em seu artigo 282, § 6º, o princípio da excepcionalidade, também intitulado de “caráter subsidiário da prisão cautelar”

por alguns doutrinadores, que dispõe:

Art. 282.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL, 1941).

À vista disso, para decretação da prisão preventiva, faz-se necessário, pois, que se esgotem as possibilidades de aplicação de outra medida menos drástica do que a prisão. Ainda, como demonstrado no item 2.2, a impossibilidade de utilização de qualquer uma das cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, deve ser devidamente fundamentada com suporte em elementos concretos presentes nos autos do processo criminal, de forma individualizada (CAPEZ, 2021).

Ademais, além do dispositivo legal supramencionado, o artigo 310, inciso II, do mesmo diploma legal, prevê que a prisão em flagrante poderá ser convertida em preventiva desde que atendidos os requisitos legais, bem como “se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.

Nesse sentido, os incisos do artigo 282 apontam os princípios da necessidade (I) e adequação (II), intimamente ligados ao princípio da proporcionalidade, anteriormente analisado, determinando que as medidas cautelares deverão ser aplicadas quando observada a “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”; e a “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. Dessa forma, vê-se que os princípios da excepcionalidade e proporcionalidade estão intimamente conectados.

Por fim, com fulcro no princípio em análise, pode-se dizer que a prisão preventiva deve ser decretada apenas como *ultima ratio*, ou seja, em última hipótese, sendo a liberdade regra, enquanto a prisão apresenta-se como exceção, tendo que ser reservada para os casos de gravidade elevada, observada a adequação e a necessidade da medida (NUCCI, 2022). Nessa perspectiva:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. LIMINAR CONFIRMADA. 1. **A prisão preventiva deve ser imposta somente como *ultima ratio*. Existindo medidas alternativas capazes de garantir a ordem pública e evitar reiteração delitiva, deve-se preferir a aplicação dessas em detrimento da segregação extrema.** 2. Embora tenha sido o

paciente surpreendido com substâncias entorpecentes, a quantidade da droga apreendida não se mostra relevante para denotar uma periculosidade exacerbada na traficância a ponto de justificar o emprego da cautela máxima, notadamente, considerando-se a primariedade, os bons antecedentes e a situação atual de pandemia decorrente do novo coronavírus, a qual torna a prisão preventiva ainda mais excepcional. 3. Ordem concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a liberdade provisória do paciente, devendo o Magistrado a quo substituir a prisão preventiva, salvo se por outro motivo estiver preso, de maneira fundamentada, por medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, ressaltando-se, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, por decisão fundamentada, caso demonstrada concretamente a sua necessidade (HC 588.538/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). **(grifo nosso)**.

Constata-se, portanto, conforme entendimento da Suprema Corte, que a prisão preventiva tem caráter subsidiário, havendo previsão expressa da sua substituição por outras medidas cautelares diversas da prisão quando suficientes para tutelar os bens jurídicos penais protegidos pelas normas aparentemente violadas, sob pena de ser reputada ilegal a decisão.

Por fim, convém pontuar que o emprego demasiado da prisão cautelar motivou a criação, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de *standards* preconizadores da racionalidade da prisão provisória, como bem destaca MELO (2018, p. 35-36):

Proporcionalidade	A privação preventiva da liberdade, como medida cautelar e não punitiva, deverá ademais obedecer aos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, na medida estritamente necessária numa sociedade democrática, que somente poderá proceder de acordo com os limites rigorosamente necessários para assegurar que não impeça o andamento eficaz das investigações nem se evite a ação da justiça, sempre que a autoridade competente fundamenta e ateste a existência, no caso concreto, dos referidos requisitos [...].
Necessidade	A natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva, de acordo com critérios de necessidade e proporcionalidade, é um elemento que necessariamente deve estar presente em toda política criminal que leve em consideração os parâmetros do Sistema Interamericano [...].
Utilidade	O que implica dizer que a prisão preventiva deve ser aplicada como a <i>ultima ratio</i> , porquanto: [...] O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como a <i>ultima ratio</i> das medidas cautelares [...].

Assim, superada a análise dos princípios pertinentes ao tema, faz-se necessário tecer breves considerações acerca do conceito e dos requisitos da prisão preventiva, a fim de constatar, posteriormente, se o § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, dispositivo legal objeto do presente estudo, deve ou não ser rechaçado do diploma normativo.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA

Embora extremamente banalizada no Brasil, uma vez que, rotineiramente, se prende primeiro para depois investigar, na medida em que provoca a sensação de justiça imediata na opinião pública, a prisão preventiva constitui, em síntese, medida processual de caráter cautelar de constrição ao direito de liberdade do acusado (JUNIOR, 2021).

Com efeito, segundo destacado por Melo (2018, p. 34), as pesquisas demonstram que o modelo de segurança pública que se pratica no Brasil, centrado quase que exclusivamente no paradigma da “política dos flagrantes”, tem contribuído, em grande escala, para elevar as taxas de encarceramento a patamares insustentáveis, na medida em que:

Estabelecendo-se como forma quase exclusiva de repressão a delitos, as prisões em flagrante aparecem como garantia para o funcionamento do próprio sistema criminal. A manutenção da prisão em flagrante e a sua protelação temporal figuram nesses dados como instrumentos de legitimação do sistema de justiça. Sem as prisões em flagrante, praticamente não haveria processos criminais, pois na Bahia o número de réus nessa situação é de 89,6%, e em Santa Catarina, de 77,5% (Gráficos 9A e 9B) (BRASIL, 2015, p.43).

Assim, para o citado autor (MELO, 2018, p. 34), é espantoso constatar que tais conclusões, para aquém e além de qualquer conotação especulativa, têm base empírica consistente nas pesquisas realizadas no âmbito do Ministério da Justiça, segundo as quais:

[...] o excesso de prisão no sistema penal brasileiro se inicia pelo excesso de prisões em flagrante e se completa pela alta taxa de conversão dos flagrantes em medidas cautelares de prisão [...]. Esse quadro é possível por força de um padrão de grave irracionalidade interpretativa que domina a leitura do sistema penal, tal como promovida pelos seus principais atores, ênfase especial conferida aos magistrados criminais, mas não somente eles. (BRASIL, 2015, p. 43).

Por isso, segundo leciona Fernando Capez (2021), a prisão preventiva “possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil”.

Conforme disposto no inciso II, do artigo 310, do CPP, o magistrado, ao analisar o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”. Ainda, de acordo com o que prevê o artigo 311, do Código de Processo Penal, a prisão em apreço pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Em homenagem aos princípios constitucionais, a prisão preventiva não deve servir como punição em relação à gravidade do delito imputado, tampouco como antecipação de pena. Deve ser decretada quando presentes os pressupostos elencados na Lei Processual Penal, podendo ser fundamentada, ainda, na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Verifica-se, portanto, que para decretação da medida cautelar em tela torna-se indispensável o preenchimento de alguns requisitos previstos em lei, quais sejam: a) cabimento, correspondente às hipóteses descritas no artigo 313; b) fumaça do cometimento do crime/*fumus comissi delicti*, consistente na prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria; e c) perigo na liberdade do agente/*periculum libertatis*, consubstanciado em um dos fundamentos trazidos no artigo 312, do Código de Processo Penal (RANGEL, 2021).

As hipóteses de cabimento encontram-se previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal, e prevê que será admitida a decretação da prisão preventiva nos seguintes casos:

Art. 313.

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (ressalvado o disposto no inciso I, do *caput*, do art. 64, do Código Penal);

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 1941).

Conforme o § 1º, do dispositivo legal, a prisão processual também será admitida “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

Assim, a ausência de qualquer um dos requisitos autorizadores anteriormente listados fará com que a prisão preventiva não possa ser decretada. Neste sentido:

HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO - PRISÃO PREVENTIVA - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS - RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA - AUSÊNCIA DE FATOS RECENTES - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - SUFICIÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Uma vez não preenchidos os requisitos legais para a decretação da medida cautelar extrema (art. 312, CPP), configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão preventiva, a qual deve ser substituída por medidas cautelares alternativas. Não havendo fatos desabonadores recentes, não há que se falar em risco de reiteração delitiva. (HC 2215651-85.2021.8.13.0000/MG, Rel. Franklin Higino Caldeira Filho, Data de Julgamento: 9/11/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de

Publicação: DJe 16/11/2021). (grifo nosso)

Ademais, tratando-se de medida excepcional, a decretação da prisão cautelar ora em estudo não será admitida “com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia”, como prevê o § 2º, do artigo 313, da Lei Adjetiva Penal, sob pena de ser considerada ilegal por violação ao princípio da presunção de inocência.

Dessa maneira, diante de tudo o que até aqui foi examinado, conclui-se que a prisão preventiva, ao ser decretada, precisa estar alinhada aos preceitos constitucionais e processuais penais. Assim, temerária é a prisão obrigatória ou automática, decorrente de lei, visto que, ao vedar expressamente a concessão da liberdade provisória, pode contrariar o sistema de garantias adotado pela Constituição Federal, o que será melhor analisado a seguir.

4 DA VEDAÇÃO EXPRESSA À LIBERDADE PROVISÓRIA

Inicialmente, a liberdade provisória consiste em uma das providências que o magistrado pode adotar ao analisar o auto de prisão em flagrante (artigo 310, inciso III, do Código de Processo Penal). Constitui, pois, disposição alternativa à prisão preventiva, visto que esta excepcionalmente será adotada para os casos concretos que autorizem sua decretação, observada a necessidade e adequação da medida. Como anteriormente exposto, a liberdade é, portanto, a regra, enquanto a segregação consubstancia exceção no ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade provisória representa, assim, instituto de natureza processual que assegura ao custodiado em flagrante o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade, por não se vislumbrar a necessidade de ser mantido em cárcere, vinculando-o ou não ao cumprimento de determinadas condições (RANGEL, 2021). Dessa forma, conforme estabelece o artigo 321, da Lei Adjetiva Penal, “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código”.

As condições previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, consistem, resumidamente, em: I - comparecimento periódico em juízo; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; III - proibição de manter contato com pessoa determinada; IV - proibição de ausentar-se da Comarca; V - recolhimento domiciliar no período noturno; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou

financeira; VII - internação provisória; VIII - fiança, nas infrações que a admitem; e IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 1941). Tais imposições serão aplicadas observando as circunstâncias concretas relacionadas ao fato, bem como quando convenientes e necessárias para investigação ou instrução do procedimento criminal.

Ainda, diante do descumprimento das condições impostas, o juiz poderá, segundo dispõe o § 4º, do artigo 282, e o § 1º, do artigo 312, do Código de Processo Penal, substituir a medida, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva do acusado, tendo em vista a transgressão do compromisso prestado com o Poder Judiciário.

Conforme prevê o artigo 5º, inciso LXVI, da Carta Magna, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Extrai-se do supracitado inciso, assim, que a Lei das Leis, ao utilizar a expressão “quando a lei admitir a liberdade provisória”, facultou ao legislador estabelecer, validamente, hipóteses de não concessão do benefício. Dessa forma, o texto constitucional não fixou de forma expressa nenhuma limitação ao legislador quanto ao instituto ora em análise. Ao revés, estipulou que a Lei Ordinária pode, sim, em determinadas situações, denegar a concessão da liberdade provisória.

Contudo, como é sabido, os dispositivos presentes na Constituição Federal não podem ser interpretados de forma isolada, devendo o legislador infraconstitucional, ao proibir a concessão da liberdade provisória, encontrar parâmetros para que tal vedação esteja alicerçada nos princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais do indivíduo. Dessa forma, se algum dispositivo de Lei inadmitir a concessão do instituto processual, deve ser redigido à luz dos demais preceitos constitucionais pertinentes à prisão cautelar do acusado.

Embora deva ser decretada apenas como *ultima ratio* no sistema processual penal brasileiro, existem dispositivos que preveem, de plano, a vedação da liberdade provisória, impondo ao acusado, portanto, a prisão preventiva de forma automática, *ex lege*, ou seja, decorrente de lei.

Tal instituto há muito é rechaçado pelos operadores do direito, tendo em vista que considera apenas a gravidade abstrata do delito ou as condições de ordem subjetiva do acusado, sem levar em conta as especificidades do caso concreto. Ainda, defende-se que não compete ao legislador intervir no poder geral de cautela inerente ao juiz, retirando do magistrado, assim, a oportunidade de examinar os pressupostos e fundamentos da necessidade e adequação da medida extrema no caso concreto.

Alguns dispositivos nesse sentido já foram declarados inconstitucionais pela Suprema Corte por violar garantias e direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição

Federal, sobretudo a presunção de inocência. Nesse sentido, na ADI 3.112/STF, julgada em maio de 2007, de relatoria do o Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 21, da Lei 10.826, de 2003, que previa que os crimes dos artigos 16, 17 e 18 seriam insuscetíveis de liberdade provisória. O Relator, em seu voto, asseverou a proibição da prisão processual decorrente de lei, em razão do conflito com os princípios constitucionais da presunção de inocência, da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente, bem como da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, defendeu o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, que há possibilidade de o magistrado, “presentes os motivos que recomendem a prisão *ante tempus*, decretar justificadamente a custódia cautelar. O que não se admite, repita-se, é uma prisão *ex lege*, automática, sem motivação” (STF, 2007, p. 53).

Ainda, no *HC* nº 104.339/STF, julgado em 2011, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu-se, também, pela inconstitucionalidade do termo “liberdade provisória” estampada no artigo 44, da Lei 11.343, de 2006. O dispositivo prevê que “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”. O Supremo Tribunal Federal entendeu, na ocasião, que a exigência da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas representava antecipação da pena, além de violar o preceito de fundamentação das decisões.

Saliente-se que a decisão acima analisada foi proferida pelo Pleno em controle difuso de constitucionalidade. Assim, conta com efeito *inter partes*, válido apenas para o *Habeas Corpus* em comento.

Entretanto, antes mesmo do julgamento do *Habeas Corpus* em análise, a Suprema Corte já havia decidido nesse sentido, como se vê a seguir:

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 44 DA LEI N. 11.343. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DESSE PRECEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Liberdade provisória indeferida com fundamento na vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06, sem indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal 2. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 3. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de

adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 4. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se, porém, ao Juiz o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso ou mantido preso cautelarmente. Ordem concedida a fim de que o paciente seja posto em liberdade, se por *al* não estiver preso. (HC 93.115/BA, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, unânime, DJe 28.5.2010).

Ainda, ao discorrer sobre o tema, o doutrinador Fernando Capez (2021) explicou que:

É inconstitucional qualquer lei que proíba o juiz de conceder a liberdade provisória, quando ausentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, pouco importando a gravidade ou a natureza do crime imputado. Nesse sentido, em boa hora, a Lei n. 11.464/2007 revogou a proibição de liberdade provisória para os crimes hediondos, prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90 (CAPEZ, 2021).

Vê-se, portanto, que ao vedar a concessão da liberdade provisória, os dispositivos legais estariam infringindo importantes preceitos constitucionais, obrigando o indivíduo a ser mantido privado de sua liberdade em razão do tipo penal praticado, desconsiderando, contudo, se o acusado não oferecia maiores riscos à sociedade, as circunstâncias em que os fatos ocorreram ou demais circunstâncias pessoais favoráveis. Compreendidos os pontos expostos até o presente momento, imprescindível se faz a análise do § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal.

5 DO § 2º, DO ARTIGO 310, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inicialmente, necessário se faz explanar que o § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal é fruto de recente modificação legislativa, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também denominada de *Pacote Anticrime*. Prevê o referido parágrafo que “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”.

Trata-se, como visto, de previsão legal que veda a concessão da liberdade provisória de plano, através, portanto, de um juízo prévio e abstrato de periculosidade. Conforme

entendimento do Ministro Gilmar Mendes, se o legislador escolher usufruir, em determinado caso, da faculdade de vedação à concessão de liberdade provisória que lhe foi conferida por lei, deve considerar "os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade" (STF, 2007, p. 93).

Nessa perspectiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, responsável por zelar pela Constituição Federal de 1988, sempre decidiu pela declaração de inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais que preveem a prisão processual *ex lege*, considerando apenas a gravidade abstrata do delito. Isto porque tal previsão se respalda na presunção de *periculum libertatis*, um dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, mais especificamente quanto à garantia da ordem pública, sem considerar as especificidades do caso concreto, nem qualquer possibilidade de consideração pelo Juízo competente acerca da adequação, necessidade, proporcionalidade e excepcionalidade da prisão preventiva, que deve ser imposta somente como *ultima ratio*, conforme anteriormente analisado.

Dessa forma, vê-se que a prisão processual decorrente de lei sempre foi repelida do ordenamento jurídico pelos aplicadores do Direito. A problemática da questão em apreço está em analisar e discutir acerca, portanto, de uma inovação legislativa que contrapõe antigos precedentes firmados e sedimentados pelas Cortes Superiores do Brasil, trazendo, assim, forte insegurança jurídica para a sociedade e para o judiciário.

Desse modo, cada uma das hipóteses levantadas pelo § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito e demais princípios processuais penais, observando, em cada caso, o contraponto entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

5.1 Do agente reincidente

A reincidência consiste em uma das hipóteses trazidas pelo parágrafo § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, como fator impeditivo para concessão da liberdade provisória. Conforme conceitua o artigo 63, do Código Penal, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Para Damásio de Jesus (2020), "reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime".

Ainda, de acordo com o que se extrai do artigo 64, do mesmo diploma legal, decorridos 5 (cinco) anos da data do cumprimento ou extinção da pena, sem praticar novo

delito, os efeitos da reincidência desaparecem. Isso não significa, entretanto, que o indivíduo seja considerado primário, mas a condenação anterior configurará apenas como maus antecedentes. Ademais, para efeito de reincidência não se consideram os crimes militares próprios e políticos (inciso II, do artigo 64, do Código Penal). Pois bem.

Examinado, brevemente, o conceito de reincidência, vê-se que, de acordo com o parágrafo ora em análise, o custodiado em flagrante que seja considerado reincidente, nos moldes da Lei Penal, não terá direito à concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, devendo sua prisão preventiva ser decretada de forma automática.

Neste ponto, mister se faz reexaminar o que foi estudado na Seção 4 do presente trabalho. Como visto, o Supremo Tribunal Federal, através da ADI 3.112/STF e do *HC* nº 104.339/STF, declarou a inconstitucionalidade do artigo 21, da Lei 10.826, de 2003, e o termo “liberdade provisória” previsto no artigo 44, da Lei 11.343, de 2006, respectivamente. A Corte Guardiã da Constituição Federal, em seu fundamento, sustentou que os referidos artigos eram inconstitucionais visto que havia previsão de obrigatoriedade da conversão da prisão em flagrante em preventiva em virtude da gravidade abstrata de determinados crimes. Outrossim, tais dispositivos violavam os princípios da presunção de inocência e obrigatoriedade da fundamentação dos mandados de prisão, além de demais preceitos constitucionais.

Analisando a redação do artigo 21, da Lei 10.826, de 2003, e artigo 44, da Lei 11.343, de 2006, vê-se que os aludidos julgamentos se debruçaram sobre a proibição de concessão da liberdade provisória em relação a tipos penais propriamente ditos. A declaração de inconstitucionalidade adveio, portanto, em razão de o legislador ter considerado apenas a gravidade abstrata do delito para proibição da concessão da liberdade provisória.

Dessa forma, considerando que a constitucionalidade foi afastada em relação a determinados crimes, é inadequado utilizar-se desses julgamentos para sustentar a inconstitucionalidade do termo “reincidência”, previsto no § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal. Isto porque a reincidência se trata de elemento concreto do caso, ou seja, de característica pessoal do autor do fato criminoso, não constituindo, entretanto, infração penal. Sendo assim, sob essa ótica, é de ser reiterado que não deve se aplicar, analogicamente, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando firmou os precedentes na ADI 3.112/STF e no *HC* nº 104.339/STF para, assim, defender a inconstitucionalidade do termo “reincidência” do dispositivo em exame.

Ao entender pela inconstitucionalidade do referido termo, portanto, devem ser levados em consideração os fundamentos (e não os precedentes em si) utilizados pela Corte Superior nos julgamentos anteriormente analisados, quais sejam: os preceitos constitucionais aplicáveis

à prisão cautelar, tais como proporcionalidade, adequação, necessidade, fundamentação das decisões judiciais, entre outros anteriormente vistos, além do devido processo legal.

Necessário se faz neste ponto, para melhor compreensão do tema, a elaboração de um exemplo. Vejamos: um autuado que conte com condenação definitiva por crime de receptação culposa, se posteriormente for preso em flagrante pela prática do crime de dano, não terá direito à concessão da liberdade provisória, conforme redação do § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, em razão de ser reincidente, devendo, portanto, aguardar o julgamento de eventual processo em cárcere.

Considerando o mencionado exemplo, alguns questionamentos podem ser formulados: há proporcionalidade entre a gravidade da infração penal cometida e a privação da liberdade do indivíduo? A prisão preventiva desse custodiado é necessária para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal? A prisão cautelar é adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado? E se este custodiado não for denunciado pela prática desse crime? Se, mesmo denunciado, ele for absolvido? Se, mesmo condenado, for estabelecida pena mais branda?

Após a formulação dessas indagações, é possível verificar que a decretação da prisão cautelar desse custodiado pode ser completamente arbitrária, desarrazoada e despropositada, constituindo medida excessiva a privação de sua liberdade de locomoção. Nessa perspectiva, a denegação do benefício da liberdade provisória para esse indivíduo provavelmente será considerada inconstitucional em razão de violar os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Isso não quer dizer, entretanto, que seja inconstitucional a decretação da prisão de todo indivíduo reincidente, mas a decisão que estabelece a medida cautelar extrema não pode pautar-se apenas na vedação da concessão da liberdade provisória *ex lege*. Como analisado anteriormente, a decisão que determina a segregação cautelar deve ser devidamente fundamentada nas circunstâncias do caso concreto e respaldada na presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Sendo assim, a reincidência consiste em elemento que abarca inúmeras situações. Pode ser que em determinado caso concreto seja necessária e adequada a decretação da prisão preventiva, tal como um flagranteado que seja reincidente específico na prática de determinado crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa e, analisadas as circunstâncias do caso concreto, a segregação seja a medida mais adequada no momento. Em outros casos, a prisão em razão da reincidência pode ser desproporcional às particularidades do caso.

5.2 Do agente que integra organização criminosa armada ou milícia

De acordo com o citado § 2º, do artigo 310, do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá denegar a liberdade provisória se o agente integra organização criminosa armada ou milícia. Inicialmente, necessário se faz expor que a vedação ora em análise faz alusão às infrações penais previstas no artigo 2º, da Lei nº 12.850, de 2013, e artigo 288-A, do Código Penal. Trata-se, portanto, de vedação à concessão da liberdade provisória em decorrência da gravidade abstrata dos delitos em comento.

Cumprido frisar que o § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 12.850, de 2013, conceitua organização criminosa, nos seguintes termos:

Art. 1º.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Constitui crime de organização criminosa, conforme previsão do artigo 2º, da Lei nº 12.850, de 2013, “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. Já o crime de constituição de milícia privada, estampado no artigo 288-A, da Lei Penal, consiste em “constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos” no diploma normativo.

Embora semelhantes, é de se expor que as milícias se formaram a partir da união, sem natureza estatal, de agentes da segurança pública de diferentes instituições a fim, inicialmente, de fornecer autoproteção para os integrantes do grupo e para os moradores das comunidades nas quais a atuação policial paralela seria realizada, através de pagamento de taxa (MENDES, 2020). Tratando-se, pois, de grupo formado por agentes do Estado, as milícias passaram, a partir do controle armado, a controlar e monopolizar diversos bens e serviços que são impostos à população por ela “protegida”. Sendo assim, transformaram-se em organizações criminosas que são coordenadas e lideradas por agentes do próprio Estado.

No tocante ao tema em estudo, a fundamentação acerca da inconstitucionalidade do termo “agente que integra organização criminosa armada ou milícia”, presente no parágrafo em exame, pode ser amparada à luz dos precedentes firmados pelo STF quando do julgamento

da ADI 3.112/STF e do HC nº 104.339/STF, visto que estes analisaram também infrações penais que denegavam a concessão da liberdade provisória em razão da gravidade abstrata do crime. Além disso, a não utilização de elementos concretos do fato tornam a prisão processual *ex lege* inconstitucional em razão da violação aos princípios previstos na Constituição Federal.

Ainda, o artigo 7º, da Lei nº 9.034/1995, antiga Lei de Organização Criminosa, vedava a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tinham intensa e efetiva participação na organização criminosa. Sobre o dispositivo legal, a Corte Guardiã da Constituição Federal firmou o seguinte entendimento:

HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL. CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: [...] **A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.** [...] (HC 94.404 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/08/2008, publicado em DJe-159 DIVULG 25/08/2008 PUBLIC 26/08/2008 RTJ VOL-00207-03 PP-01310). (grifo nosso).

Apesar do entendimento firmado, deve-se levar em conta o próprio tratamento que a Carta Magna dá às organizações criminosas. Prevê o inciso XLIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. Vê-se, portanto, que o texto constitucional protege o Estado da ação de organização criminosa armada e milícia, visto que estas colocam em xeque a autoridade do próprio Estado e de suas instituições, o que permite o tratamento excepcional.

Nessa perspectiva, torna-se interesse pontuar que a hipótese de prisão em comento tem inspiração, claramente, nos postulados da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo alemão Günther Jakobs, a qual consiste em um modelo teórico de política criminal que estabelece a necessidade de separar da sociedade, excluindo das garantias e direitos

fundamentais, ainda que parcialmente e por tempo determinado, aqueles que o Estado considere como inimigos.

Essa teoria, também conhecida como a tese Funcionalista Sistemática, possui forte inspiração das filosofias de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Os citados autores possuem em comum o pensamento de que o Estado surge a partir de um contrato realizado entre os indivíduos. Nesse sentido, o contrato social pressupõe uma colaboração mútua: os indivíduos colocam-se sob a égide do Estado e, em troca, recebem dele proteção social. O delito cometido por parte de um indivíduo representa, pois, a infração do contrato (JAKOBS, 2007a).

Para Rousseau, aquele que infringe as leis do Estado ao qual pertence coloca-se prontamente em guerra contra ele. Assim, o indivíduo não é mais visto como cidadão, mas sim, como um inimigo do Estado. Compartilhando do mesmo pensamento, argumenta Fichte:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos (FICHTE *apud* JAKOBS, 2007a, p. 26).

Hobbes e Kant também trataram acerca do “inimigo do Estado” adotando, no entanto, uma postura menos radical. O primeiro entende que, em princípio, o delinquente mantém o *status* de cidadão, entretanto, quando se trata de uma situação que envolve alta traição, o praticante do delito passa a ser tratado como inimigo. Kant pensa de forma semelhante, afirmando que não se trata como pessoa aquele que ameaça de forma constante o Estado (JAKOBS, 2007a).

Günther Jakobs, partindo das filosofias destacadas acima, desenvolve a sua teoria do Direito Penal do Inimigo, que possui como pressuposto básico a existência de dois direitos: um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo. O direito penal do cidadão pode ser entendido como um direito penal do fato, visto que busca punir os atos dos criminosos de forma repressiva, a fim de manter a vigilância da norma. O direito penal do inimigo, por sua vez, é o direito penal do autor, pois busca combater a periculosidade do agente criminoso. Ademais, o direito penal do inimigo visa antecipar a tutela penal, de modo que não há uma compensação de um dano à vigência da norma, mas há a eliminação do perigo. A pena, portanto, representa uma precaução, na medida em que se dirige a um fato futuro, e não à sanção de fatos cometidos, em relação ao inimigo. O direito penal do inimigo é caracterizado, portanto, por três elementos básicos: o adiantamento da punibilidade; a desproporcionalidade das penas previstas e a supressão das garantias individuais (MELIÁ, 2007a).

Acrescente-se que o inimigo traçado por Jakobs não é simplesmente o criminoso habitual ou aquele que pratica pequenas e médias infrações criminais. O inimigo é aquele que abdicou totalmente dos preceitos da vida em sociedade e rechaça a legitimidade do ordenamento jurídico, vinculando-se a organizações criminosas ou terroristas, pondo em risco, pois, as convenções da coletividade e perseguindo a destruição do próprio Estado (JAKOBS, 2007a).

A teoria desenvolvida por Günther Jakobs foi alvo de inúmeras críticas, principalmente quando se trata de sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Segundo Cancio Meliá, o direito penal do cidadão trata-se de um pleonasma e o direito penal do inimigo trata-se de uma contradição, visto que ele desrespeita preceitos constitucionais e, portanto, trata-se de um não-direito (MELIÁ, 2007a). Cornelius Prittwitz também faz sua crítica, afirmando que a teoria em questão pode ser usada para legitimar regimes autoritários e para justificar a dominação social, pois toda aplicação de uma pena desproporcional, seguindo esse contexto, será justificada pela proteção da sociedade (PRITTWITZ, 2004). Damásio Evangelista de Jesus acrescenta a essa lista de críticas que o Direito Penal do Inimigo não cumpre sua eficácia, visto que as leis que incorporam seus princípios não têm reduzido, de fato, a criminalidade e a violência do âmbito social (JESUS, 2008).

A teoria de Günther Jakobs não se encontra apenas no plano teórico. Há indícios de sua presença na legislação brasileira, como é o caso da Lei 11.343/2006. A Lei dos Tóxicos, como também é conhecida, define inúmeras condutas criminosas e as trata de forma equivalente, como pode ser visto especificamente nos artigos 28 e 33. Assim, quem tem em depósito uma determinada quantidade de entorpecente, mesmo que por um dia, responde pelo mesmo crime que aquele que produz uma grande quantidade da substância. Percebe-se, pois, a parcial desconsideração do princípio da proporcionalidade na Lei de Drogas.

Ademais, a análise do artigo 59 do Código Penal Brasileiro determina que a pena deve ser estabelecida conforme os antecedentes, as condutas sociais e a personalidade do indivíduo que cometera o delito. O artigo 77 possibilita a suspensão da pena, de 2 a 4 anos, caso o réu possua uma conduta social que o beneficie. É possível analisar que os critérios estabelecidos pelo Código Penal, a serem utilizados pelos aplicadores do direito, são subjetivos e análogos aos critérios elencados pela teoria do inimigo de Jakobs, que não busca punir o fato, mas sim, o autor.

A partir da análise feita, que não se esgota apenas nos casos ressaltados, é possível chegar à conclusão de que existem “resquícios” do direito penal do inimigo no direito penal brasileiro.

Não se adota aqui, entretanto, o tratamento radical proposto pelo alemão Günther Jakobs, especialmente em homenagem aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Segundo esse modelo de Estado, todos os indivíduos devem ser considerados seres passíveis de direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana consta como fundamento da República Brasileira e a igualdade de todos perante a lei representa um direito constitucional que não pode ser violado pelas demais legislações.

Ademais, o adiantamento da punibilidade, elemento básico da tese Funcionalista Sistemática, esbarra em regras constitucionais penais, como visto anteriormente, ferindo gravemente o modelo garantista que abarca os preceitos do devido processo legal e da presunção da inocência, sendo incompatível, assim, ao menos no plano teórico, com o direito brasileiro.

Outrossim, cabe sublinhar, nessa toada, que o próprio texto constitucional remete à lei ordinária a possibilidade de ditar as hipóteses de liberdade provisória, ao dispor, no artigo 5º, inciso LXVI, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando *a lei admitir* a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Portanto, cabe à lei ordinária definir as hipóteses de cabimento, ou não, da liberdade provisória, com ou sem fiança. Portanto, os dispositivos ora analisados, inseridos no âmbito de uma lei ordinária, estariam, a rigor, sob à literalidade do comando normativo em tela.

Logo, para além e aquém dos postulados da teoria do Direito Penal do Inimigo, o próprio texto constitucional admite a possibilidade de restrição à liberdade provisória, ao menos na hipótese de quadrilha/grupos armados, conjugando-se os incisos XLIV e LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Nada obstante a literalidade do texto constitucional, este trabalho segue o entendimento perfilhado pela doutrina nacional majoritária, secundada pela jurisprudência firme do STF, segundo as quais há vício de inconstitucionalidade material no dispositivo em comento, em todas as hipóteses nele aventadas, haja vista que os requisitos da prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária, devem ser aquilatados pelo intérprete em cada caso concreto, não podendo ser eleitos de forma apriorística, como feito pelo legislador ordinário no âmbito do *Pacote Anticrime*.

Por fim, cumpre-me sublinhar que a discussão da teoria Direito Penal do Inimigo foi trazida à baila com o único propósito de perquirir, sob uma perspectiva meramente teórica, qual a ideologia que subjaz a certos pontos do *Pacote Anticrime*, em especial da *prisão “ex vi legis” para as hipóteses de agente que integra organização criminosa armada ou milícia*, e não para fundamentar qualquer proposta de constitucionalidade/inconstitucionalidade do texto

legal em comento, mesmo porque, como pontuado pelo próprio autor, sua teoria tem natureza meramente *descriptiva*, e não *prescritiva*:

(...) Repetiré que mis consideraciones se formulan con intención *descriptiva*, no prescriptiva. Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal de enemigo; ahora bien, no veo ninguna posibilidad de una disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. (JAKOBS, 2007b, p. 21).

5.3 Do agente que porta arma de fogo de uso restrito

Ainda, prevê o § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, que a liberdade provisória do custodiado em flagrante deverá ser denegada caso este for preso portando arma de fogo de uso restrito. Tal conduta constitui infração penal e encontra-se prevista no artigo 16, da Lei nº 10.826, de 2003, também denominada de Estatuto do Desarmamento. De igual modo, previa o artigo 21, do referido diploma legal, que os crimes previstos nos artigos 16, (ora em análise), 17 e 18 seriam insuscetíveis de liberdade provisória.

À vista disso, de acordo com o artigo 21 do Estatuto, o indivíduo que fosse preso em flagrante após cometer uma das infrações previstas nos artigos 16, 17 e 18 do diploma normativo, teria sua prisão preventiva decretada de modo automático, decorrente de imposição legal. Dessa forma, afasta-se do magistrado o poder de avaliar se os requisitos autorizadores da prisão preventiva estão presentes, bem como as especificidades do caso concreto. Destaque-se que, de acordo com o analisado na seção 4 do presente estudo, o dispositivo legal foi declarado inconstitucional através da ADI 3.112/STF.

Neste sentido, defendeu o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto:

Assim, em vista do que dispõe o art. 5º, inciso LVII, o qual consagra o princípio da presunção de inocência, a proibição total de liberdade provisória prescrita pelo art. 21 do Estatuto do Desarmamento é patentemente inconstitucional.

Ademais, e por consequência, a norma do art. 21 do Estatuto inverte a regra constitucional que exige a fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI), na medida em que diretamente impõe a prisão preventiva (na verdade, estabelece uma presunção de necessidade da prisão), afastando a intermediação valorativa de seu aplicador.

Por fim, não é demais enfatizar a desproporcionalidade dessa regra geral da proibição de liberdade provisória nos crimes de posse ou porte de armas. Comparado com o homicídio doloso simples, essa desproporção fica evidente. De acordo com a legislação atual, o indivíduo que pratica o crime de homicídio doloso simples poderá responder ao processo em liberdade, não estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP; por outro lado, a prisão será obrigatória para o cidadão que simplesmente porta uma arma. Trata-se, portanto, de uma violação ao princípio da proporcionalidade como proibição do excesso. (STF, 2007, p. 98)

O Relator Ministro Ricardo Lewandowski sustentou, em seu voto, que “nosso sistema

constitucional não se compadece com a prisão *ex lege*. Se a prisão for necessária, o juiz decretará prisão cautelar” (STF, 2007). De modo contrário, o Ministro Marco Aurélio defendeu a constitucionalidade do artigo 21, da Lei nº 10.826, de 2003, no tocante ao artigo 16, visto que, conforme fundamentado, portar arma de fogo de uso restrito constitui crime mais grave que os demais. De todo modo, o Ministro foi voto vencido e a inconstitucionalidade do artigo acima mencionado foi declarada em virtude dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

5.4 Posições doutrinárias acerca do § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal

Diante de tudo o que foi visto até aqui, necessário se faz, nesse momento, apresentar algumas disposições doutrinárias acerca da vedação à concessão da liberdade provisória adotada pelo § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal. Analisando a inovação introduzida pelo *Pacote Anticrime*, afirmou Norberto Avena (2021) que a intenção do legislador foi “elevar o rigor do tratamento processual aos agentes de crime que se encontrem nas condições estabelecidas pelo dispositivo, pressupondo um *status* de periculosidade social” (AVENA, 2021, p. 1.079). Dessa forma, defendeu que a previsão contida no parágrafo em epígrafe lastreia-se na gravidade abstrata do delito ou na periculosidade do autor do fato criminoso.

À exceção do termo reincidência que, segundo o doutrinador, constitui referência genérica, sem particularização quanto à natureza do crime objeto de recidiva e à forma de seu cometimento, concordou Avena, embora reconheça pertencer a entendimento minoritário, “com as razões de fundo que conduziram o legislador à proibição de liberdade provisória nos demais casos previstos no dispositivo, pois se trata de condutas causadoras de graves danos à coletividade ou de meio para cometimento de crimes com esse mesmo potencial” (AVENA, 2021, p. 1.079).

De modo diverso, leciona Renato Marcão (2021) que “o sistema jurídico nacional não mais acolhe essa modalidade de prisão preventiva, que melhor se afeiçoa ao Brasil da era totalitária”, acrescentando, ainda que “o que o legislador fez foi tentar restabelecer a inconcebível e odiosa prisão preventiva automática, incompatível com o ambiente democrático dos dias que fluem” (MARCÃO, 2021, p. 327). Sustenta o professor, ainda, que o § 2º, do artigo 310, do Código Processual Penal, é flagrantemente inconstitucional, visto que viola os princípios basilares do processo penal brasileiro.

Para Eugênio Pacelli (2021), “a vedação abstrata da lei restabelece a insustentável situação de prisão exclusivamente pelo flagrante e das condições estabelecidas genericamente”. O doutrinador rechaça a prisão preventiva decorrente de lei, acrescentando, ainda, que “mediante a devida fundamentação, considerando o caso concreto, a necessidade e a proporcionalidade da medida restritiva serão as vigas-mestras a serem observadas pelo juiz, jamais a proibição em abstrato” (PACELLI, 2021, p. 440).

Expõe Guilherme de Souza Nucci, ao repelir as previsões legais que denegam a concessão da liberdade provisória, que “nesses pacotes improvisados, costuma-se inserir norma destinada a vedar a liberdade provisória, como se isso fosse a chave para a segurança pública” (NUCCI, 2022, p. 734). Imperioso destacar, ainda, que o instituto da liberdade provisória está intimamente ligado à prisão em flagrante. Atento a essa premissa, portanto, Nucci (2022) apresenta uma forte contradição do sistema jurídico, explicando que:

Se o indivíduo é preso em flagrante, quando a lei veda a liberdade provisória, não poderá receber o benefício da liberdade provisória, mesmo sendo primário, de bons antecedentes e não oferecendo maiores riscos à sociedade. Mas se conseguir fugir do local do crime, apresentando-se depois à polícia, sem a lavratura do flagrante, poderá ficar em liberdade durante todo o processo, pelo mesmo crime, pois o juiz não está obrigado a decretar a prisão preventiva. (NUCCI, 2022, p. 735).

Quanto à hipótese de prisão preventiva *ex lege* em razão de ser o agente reincidente, Nucci (2021) expõe que “a mera comprovação da reincidência não deveria seguir de norte para a vedação à liberdade provisória, pois dependeria de analisar de que espécie de reincidência se trata”. Ainda, defende que “o envolvimento em organização criminosa armada ou milícia parece justificar a cautela” (NUCCI, 2021, p. 687).

Para o jurista Aury Lopes Junior, “é criticável o já conhecido *bis in idem* da reincidência, ou seja, a dupla (ou mais) punição pela mesma circunstância (reincidência) já tão criticada pela doutrina penal”. Aduz, ainda, que é temerária a denegação da liberdade provisória *ex lege*, visto que na fase da prisão em flagrante “é praticamente inviável já se ter uma prova suficiente de que o agente, por exemplo, é membro de uma organização criminosa ou milícia, para aplicar o dispositivo” (JUNIOR, 2021, p. 269).

À vista disso, percebe-se que, conforme entendimento majoritário da doutrina, a denegação à concessão da liberdade provisória prevista no § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, deve ser reputada inconstitucional, representando a sua permanência no diploma normativo, inclusive, patente retrocesso ao sistema jurídico.

Apesar disso, saliente-se que o parágrafo em análise vem sendo utilizado pelos magistrados em suas decisões. Nessa perspectiva, é de se colacionar alguns julgados:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1) Inexiste irregularidade na decisão judicial que fundamenta a conversão da prisão em flagrante para preventiva à luz dos artigos 310, II, e 312 do CPP para assegurar a ordem pública e a aplicação da lei penal. 2) A reincidência impede a concessão de liberdade provisória, nos termos do artigo 310, § 2º, do CPP. 3) Ordem denegada. (TJ-AP - HC: 00008341320218030000 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, Data de Julgamento: 20/05/2021, Tribunal)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Tráfico ilícito de drogas – Concessão de liberdade provisória acompanhada de medidas cautelares diversas da constrição – Recurso ministerial pleiteando a cassação da decisão e a decretação da prisão preventiva – Possibilidade – Réu reincidente e que se encontrava em cumprimento de pena em regime aberto quando foi preso em flagrante – Preenchimento dos requisitos legais para imposição da prisão preventiva – Observância, ademais, do teor do artigo 310, § 2º do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019 – Decisão cassada – RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - RSE: 10023232020208260176 SP 1002323-20.2020.8.26.0176, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 30/07/2020, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/07/2020)

HABEAS CORPUS – FURTO TENTADO E RESISTÊNCIA – Inconstitucionalidade do artigo 310, § 2º, do Código de Processo Penal. Inconstitucionalidade não reconhecida. Fator a ser sopesado, considerando-se as demais circunstâncias do caso. Liberdade provisória. Impossibilidade. Reincidência. Paciente em cumprimento de pena. Medidas cautelares alternativas. Impossibilidade. Insuficiência para a manutenção da ordem pública – ORDEM DENEGADA. (TJ-SP - HC: 22650502320218260000 SP 2265050-23.2021.8.26.0000, Relator: Rachid Vaz de Almeida, Data de Julgamento: 16/12/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/12/2021)

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - Pedido de revogação da prisão preventiva - Pressupostos e fundamentos para a segregação cautelar presentes - Paciente reincidente específico - Inteligência do artigo 310, § 2º, do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019)- Decisão que justifica suficientemente a custódia preventiva - Constrangimento ilegal não verificado - Ordem denegada. (TJ-SP - HC: 20474090620218260000 SP 2047409-06.2021.8.26.0000, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 12/05/2021, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/05/2021)

Observa-se, entretanto, que algumas das decisões acima mencionadas não se restringem à aplicação do dispositivo legal para decretação da prisão preventiva automática do flagranteado, uma vez que tal utilização, por si só, consiste em providência demasiadamente temerária. Ao revés, são fundamentadas no preenchimento dos requisitos legais estampados no artigo 312, do Código de Processo Penal, em homenagem, portanto, aos princípios que regem o Direito Penal e Processual Penal.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho monográfico, infere-se que o legislador, ao prever a vedação à concessão da liberdade provisória de forma genérica, concedeu ao magistrado a oportunidade de analisar se os requisitos e pressupostos autorizadores da prisão preventiva estão presentes no caso concreto, bem como a real necessidade da medida extrema, dessa forma o magistrado conduzirá o caso em estrita observância aos princípios penais, atentando-se a coerência da legislação penal com o caso em apreço.

Nesse contexto, destacam-se as considerações feitas acerca dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sobretudo o princípio da presunção de inocência e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, aliados, também, ao princípio da proporcionalidade e da excepcionalidade da segregação cautelar. Assim, a problemática em questão envolve a ponderação de uma medida cautelar em detrimento de diversos fundamentos consagrados constitucionalmente, como a liberdade do indivíduo, que se revela como o segundo maior bem de uma pessoa.

Como visto, o legislador tem autonomia para editar as normas que dizem respeito à liberdade provisória, entretanto, não é lhe dada a faculdade de impor suas vontades na lei, especialmente quando o texto viola direitos e garantias constitucionais, à vista disso, observou-se que alguns dispositivos legais já foram retirados do ordenamento jurídico após o Supremo Tribunal Federal considerar a possibilidade de infringência a preceitos consagrados na Carta Magna. Dessa forma, firmou-se a tese de que a prisão processual *ex lege* não é admitida no sistema penal brasileiro, sob o risco de constituir antecipação de pena.

Assim, este estudo propôs analisar cada uma das hipóteses previstas no § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, para, assim, concluir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo em comento, especialmente por que a referida decisão irá refletir diretamente no curso da instrução processual, bem como na análise de possíveis direitos a serem analisados no processo de execução penal.

Quanto à vedação referente ao agente reincidente, vê-se que a Corte Guardiã da Constituição já se posicionou sobre casos em que a norma previa a denegação à concessão da liberdade provisória em razão da gravidade abstrata do delito, mas revela-se uma condição em virtude da situação subjetiva do acusado. Dessa forma, não se pode aplicar os fundamentos mencionados pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos expostos para sustentar a inconstitucionalidade da norma em relação ao agente reincidente.

Entretanto, vê-se que a utilização do termo reincidência consiste em referência

genérica, não havendo especificação precisa quanto ao crime em recidiva. Em alguns casos de reincidência, a prisão cautelar pode ser adequada e necessária, existindo, portanto, perigo na liberdade do agente (*periculum libertatis*). Em outros casos, a providência extrema pode ser desproporcional, além de constituir *bis in idem*, ou seja, a repetição de uma sanção sobre o mesmo fato, razão pela qual será o caso em concreto que fornecerá as informações necessárias para que o magistrado (a) se decida de forma coerente, ou seja, coerência da letra fria da lei com o caso específico.

Ademais, observou-se que para a hipótese do agente que integra organização armada ou milícia, poderia ser levantada a constitucionalidade ao considerar o tratamento diferenciado que a própria Constituição dá às organizações criminosas. Desse modo, conforme a teoria do direito penal do inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, o inimigo é aquele que desafia as convenções da sociedade e ameaça a estrutura estatal, desrespeitando os regramentos próprios do Estado Democrático. Assim sendo, o indivíduo considerado inimigo não faria jus aos direitos e garantias fundamentais aplicáveis aos cidadãos. A defesa da constitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória do indivíduo que integra organização armada ou milícia advém, portanto, da proteção à segurança pública.

Contudo, vê-se que tal denegação não pode ser aceita, posto que pautada apenas na gravidade abstrata do crime, sem considerar, portanto, as especificidades do caso concreto. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca das normas que estabelecem a prisão processual decorrente de lei na ADI 3.112/STF e no HC nº 104.339/STF, declarando inconstitucional alguns dispositivos que previam a denegação automática à concessão da liberdade provisória em virtude da prática de determinados crimes. Asseverou a Corte que tais dispositivos violam princípios fundamentais previstos na Lei das Leis.

Ainda, quanto ao agente que porta arma de fogo de uso restrito, verifica-se que a proibição à concessão da liberdade provisória para o indivíduo que supostamente comete o crime previsto no artigo 16, da Lei nº 10.826, de 2003, já foi declarada inconstitucional através da ADI 3.112/STF, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal rechaçou do ordenamento jurídico o artigo 21, do Estatuto do Desarmamento.

Ademais, deve ser considerado que a liberdade provisória é uma das providências que o magistrado pode adotar ao analisar o auto de prisão em flagrante. Como examinado, no momento da prisão em flagrante conta-se com uma cognição sumária acerca dos fatos, existindo evidente limitação na atividade instrutória do feito. Dessa forma, as provas anexadas aos autos são excessivamente rasas, visto que ainda não houve tempo hábil para produção de provas que realmente embasarão a ação penal, haja vista que no momento de análise do auto e

prisão em flagrante estamos lidando com elementos informativos e que com a confecção do inquérito policial as informações serão mais robustas e poderão influenciar convicção do magistrado.

Assim, considerando a situação precoce em que o feito se encontra, torna-se temerária a decretação de uma prisão preventiva decorrente de lei, devendo ser avaliada, no caso concreto, a necessidade real de sua imposição, sob pena de violação aos princípios que regem o ordenamento jurídico penal. Entretanto, através da análise do § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Civil, percebe-se que foi retirado do juiz o poder de cautela, que restou impedido de analisar as subjetividades e peculiaridades do fato.

Com isso, a Lei nº 13.964/2019, denominada de *Pacote Anticrime*, trouxe situações contrárias ao sistema garantista que limita o exercício do poder de punir, adotando castigos radicais e medidas possivelmente desproporcionais, baseadas exclusivamente na gravidade abstrata da infração penal ou em condições subjetivas do agente, nessa perspectiva, conclui-se pela incompatibilidade da regra descrita no § 2º, do artigo 310, do Código de Processo Penal, com a norma constitucional, visto que o parágrafo em epígrafe é contrário aos seus preceitos, especialmente no que diz respeito a alguns direitos e garantias estampados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Sem pretender encerrar o assunto, posto que se trata de recente alteração legislativa, demandando contínua avaliação, de modo que ao passar do tempo novas interpretações doutrinárias e jurisprudências irão surgir e nos proporcionarão novos ângulos a serem observados e estudados, bem como acredita-se que será declarada a inconstitucionalidade do parágrafo em análise, visto que a custódia cautelar aqui prevista pode se converter em antecipação de pena, violando, assim, o princípio da presunção da inocência. Ainda, conforme previsto na Constituição, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Defende-se, portanto, que a prisão preventiva deve ser decretada quando presentes os requisitos previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, após análise do fato concreto e assegurados, ainda, os direitos e garantias consagrados constitucionalmente aos quais o acusado faz jus, visto que consiste na norma superior do ordenamento jurídico pátrio, e diante dela nenhuma outra pode se opor.

De toda sorte, sustentando-se pelos fundamentos utilizados pela Suprema Corte quando do julgamento de casos similares, vê-se que a manutenção do parágrafo em análise no diploma normativo não condiz com os preceitos do ordenamento jurídico vigente, uma vez que o direito é ciência de ininterrupta evolução, não de retrocessos.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 18 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art. 2º da Lei

no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)**. Brasília/DF: IPEA, 2015c. Série Pensando o Direito 54. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod_54_Rogério_final_web-1.pdf. Acessado em: 24 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

GONÇALVES, Victor Eduardo R.; REIS, Alexandre Cebrian A. **Esquematizado - Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miugel Polaino; ORTS-POLAINO, Miguel. **Derecho penal del enemigo**. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2007b.

JESUS, Damásio Evangelista D.; ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal 1 - parte geral**. 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo.: Breves considerações**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10836>. Acesso em: 26 mai. 2022.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

JÚNIOR, João Pereira da Silva. **A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal (incluído pela lei 13.964 de 2019 – pacote anticrime)**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 26 mar 2021, 04:30. Disponível

em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56295/a-inconstitucionalidade-do-2-do-artigo-310-do-codigo-de-processo-penal-incluido-pela-lei-13-964-de-2019-pacote-anticrime>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MARCÃO, Renato F. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MELO, Manuel Maria Antunes de. **Audiência de Custódia e Cultura do Encarceramento: Um Recorte da Violência Institucional no Sistema Prisional Brasileiro**. Campina Grande: eduepb, 2018.

MENDES, Bruno. **Milícias X Organização Criminosa**. 2020. Disponível em: <https://brunopazmendes.jusbrasil.com.br/artigos/921263660/milicias-x-organizacao-criminosa>. Acesso em: 15 mai. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Código de Processo Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 14 abr. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PEREIRA, Thallyson Farias Teles. **A (in)constitucionalidade da vedação compulsória da liberdade provisória conforme o pacote anticrime**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 nov 2020, 04:55. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55611/a-inconstitucionalidade-da-vedao-compulsoria-da-liberdade-provisoria-conforme-o-pacote-anticrime>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29. ed. Barueri/SP: Atlas, 2021. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 02 de maio de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em: 15 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus n. 104.339, São Paulo**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>. Acesso em: 15 abr. 2022.