



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

***Campus Governador Valadares***

Instituto de Ciências Sociais Aplicadas

Departamento de Direito

CLARISSA FREITAS MARTINS

**PRISÕES CAUTELARES: uma análise constitucional da vedação à liberdade provisória promovida pela nova redação do art. 310, §2º, do Código de Processo Penal**

Governador Valadares

2022

Clarissa Freitas Martins

**PRISÕES CAUTELARES: uma análise constitucional da vedação à liberdade provisória promovida pela nova redação do art. 310, §2º do Código de Processo Penal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* Governador Valadares, como requisito para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Júlia Silva Vidal.

Governador Valadares

2022

**PRISÕES CAUTELARES: uma análise constitucional da vedação à liberdade provisória promovida pela nova redação do art. 310, §2º do Código de Processo Penal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* Governador Valadares, como requisito para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Banca examinadora:

---

Profa. Me. Júlia Silva Vidal (Orientadora)

---

Prof. Me. Renato Santos Gonçalves (Examinador)

---

Defensor Público Jonathas Hygino Pena de Mello (Examinador)

## RESUMO

O presente trabalho teve por temática a inclusão do art. 310, §2º do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.964/19. O dispositivo prevê a vedação à liberdade provisória em determinadas circunstâncias atribuídas ao acusado, quando da prisão em flagrante. O objetivo do trabalho, portanto, foi realizar uma análise crítica sobre a novidade legislativa, a partir do instituto das medidas cautelares, da natureza pré-cautelar da situação de flagrância; e analisá-la à luz da Constituição Federal de 1988, em observância ao sistema de direitos e garantias fundamentais vigente no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada na pesquisa foi a pesquisa teórica, por meio do método qualitativo de análise de conteúdo, de legislações, de doutrinas e de jurisprudências e do método de abordagem dedutivo. A hipótese levantada, e comprovada ao final, é de que a previsão normativa não deve permanecer no Código, devido à sua inconstitucionalidade e contrariedade aos institutos do processo penal, na medida em que desrespeita o princípio da presunção de inocência e cria uma nova modalidade de prisão, que não encontra respaldo no sistema processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão em flagrante. Liberdade Provisória. Medidas cautelares. Constituição Federal. Lei 13.964/19.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>6</b>
<b>2 PRISÕES CAUTELARES</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Prisão em Flagrante</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Liberdade Provisória</b>	<b>12</b>
<b>3 A LEI 13.964/19 E A VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA</b>	<b>13</b>
<b>3.1 Contexto de elaboração da Lei 13.964/19</b>	<b>13</b>
<b>3.2 A nova redação do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal</b>	<b>16</b>
<b>4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA</b>	<b>17</b>
<b>4.1 O artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal</b>	<b>18</b>
<b>4.2 Questões já superadas: a Lei de Drogas e o Estatuto do Desarmamento</b>	<b>22</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>24</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>26</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/19 provocou diversas alterações na legislação penal e processual penal. Dentre elas, o artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP), que versa sobre a prisão em flagrante. Um ponto que chama a atenção é o parágrafo segundo deste artigo, que determina que se denegue a liberdade provisória nos casos apontados em sua redação, impondo prisão obrigatória: “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” (BRASIL, 2019).

Importante ressaltar que a prisão em flagrante tem natureza pré-cautelar e, por isso, impossível de ser utilizada como fundamento de manutenção de uma prisão que prescindida da cautelaridade que é própria da prisão preventiva, explicitada no artigo 312, CPP, como prevê a alteração legislativa.

Desse modo, o presente trabalho se ampara, sobretudo, na dimensão da gravidade de uma medida que restringe automaticamente a liberdade do acusado, a partir de critérios de periculosidade abstrata para manutenção da prisão em flagrante, e alheia aos requisitos necessários para sua aplicação. Não há como ignorar que, considerando-se o sistema prisional brasileiro<sup>1</sup>, os danos causados àquele que tem sua liberdade restringida são irreparáveis - sobretudo quando indevidamente determinada -, o que se justifica enquanto mais um motivo para respeitar-se a excepcionalidade da prisão cautelar.

A vedação à liberdade, estabelecida sem os requisitos que justificam sua cautelaridade, parece consistir, na prática, em execução da pena antes do trânsito em julgado, violando a presunção de inocência e o direito à liberdade (arts. 5º, *caput* e LVII, CF/88). Isso também se aplica quando da situação de flagrância, pois, ainda que tenha se originado pela visibilidade do delito (*fumus comissi delicti*), não é causa para manutenção da restrição à liberdade. Do contrário, se fosse considerado condenado desde então, de nada serviria o devido processo penal.

Partindo-se dessas premissas, bem como da atualidade do tema, o presente trabalho tem por objetivo analisar, a partir do estudo da estrutura cautelar processual penal e dos princípios e dispositivos constitucionais, a vedação à liberdade provisória promovida pelo §2º

---

<sup>1</sup> Segundo o levantamento nacional de informações penitenciárias divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) com dados do segundo semestre de 2020, o número total de presos no sistema prisional brasileiro é de 668.135.

do artigo 310, do Código de Processo Penal, inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.964/19.

A hipótese inicialmente levantada é de que, considerando-se que a expressão processo penal constitucional é tautológica, a alteração realizada pela Lei 13.964/19 no art. 310, §2º, CPP, não deve permanecer em vigência na legislação processual penal, uma vez que não se adequa ao sistema de direitos e garantias fundamentais implementado no Direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Para chegar-se à conclusão, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa maior, as prisões cautelares e a prisão em flagrante, para uma mais específica: a vedação à liberdade provisória. Foi procedida a pesquisa teórica de viés interdisciplinar, a partir das investigações que abarcam estudos de Direito Processual Penal, Direito Penal e Direito Constitucional, por meio do método qualitativo de análise de conteúdo, de legislações e de jurisprudências.

Para maximizar a didática do presente trabalho, houve a divisão em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda as prisões cautelares, quais sejam, a prisão preventiva e a prisão temporária, perpassando pelos seus conceitos e possibilidades de aplicação, bem como os requisitos para tanto. Na sequência, trata da prisão em flagrante e da liberdade provisória, trazendo também seus conceitos e hipóteses. Tudo isso a fim de preparar o entendimento do leitor para a análise do dispositivo processual penal estudado.

O segundo capítulo realiza, em um primeiro momento, a contextualização da elaboração da Lei 13.964/19, entendendo seu momento político de criação e as finalidades do legislador com a reforma promovida no ordenamento jurídico penal. Posteriormente, é apresentado o dispositivo legal, objeto do presente trabalho, cuja constitucionalidade passa a ser analisada.

No terceiro e último capítulo, é realizada a relação entre as proposições do novo texto do §2º do artigo 310, CPP e o texto constitucional, partindo-se da análise de recepção da norma pelo sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição e os princípios que dele decorrem, concluindo pela inconstitucionalidade do dispositivo. Verifica, ainda, os precedentes jurisprudenciais que declararam inconstitucionais dispositivos de legislações esparsas que se propunham ao mesmo fim da norma analisada.

## 2 PRISÕES CAUTELARES

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988). Com esse direito fundamental, entendido como o princípio da jurisdicionalidade, é consagrado também o princípio da necessidade, a partir do qual estabelece-se que para que haja a aplicação de uma pena, o Estado depende do processo, cuja forma é garantia para o acusado, vez que o direito penal não se efetiva por outro meio senão o processual (LOPES JR., 2020).

Nesse sentido, o princípio do Devido Processo Legal assume maior relevância no processo penal, já que esse último envolve situações que podem levar à restrição de liberdade. Assim, é preciso ter em mente que qualquer atribuição de penalidade à pessoa acusada deve ser cuidadosamente aplicada, sobretudo quando da decretação de prisões cautelares.

Aprimorada pela reforma da Lei 12.403/11, a teoria geral da tutela cautelar envolve tutelas patrimoniais e pessoais. A princípio, diversas medidas cautelares podem ser utilizadas como um meio alternativo à prisão, entretanto, no que tange às tutelas pessoais que envolvem a prisão, é preciso que sejam rigorosamente observados os critérios para suas aplicações, em caráter de excepcionalidade, observado o princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal.

Ao se falar em cautelares, Lopes Jr. (2021b) ressalta a importância de afastar-se dos conceitos que são próprios do processo civil, que nasceram dele e para ele, e não se ajustam às premissas do processo penal. No primeiro, a cautelaridade se funda<sup>2</sup> no *fumus boni iuris*, demarcado pela probabilidade do direito, e no *periculum in mora*, enquanto risco ao resultado útil do processo. Já no processo penal, esses requisitos são estabelecidos pelo *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* se mostra enquanto a probabilidade de ocorrência de um fato aparentemente punível, isto é, de um aparente delito, e não de um direito. Já o *periculum libertatis*, depende do perigo gerado ao processo em razão do estado de liberdade do acusado, e não pela demora entre a situação cautelar e o provimento final (LOPES JR., 2021b).

Atualmente, o sistema processual penal brasileiro abarca duas prisões cautelares: a prisão temporária e a prisão preventiva.

---

<sup>2</sup> Art. 300, Código de Processo Civil. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (BRASIL, 2015)



A prisão temporária foi regulamentada pela Lei 7.960/89, que determina em seu artigo 1º o rol taxativo de quais as suas hipóteses de cabimento<sup>3</sup>. A cautelaridade dessa modalidade de prisão se dá no contexto da investigação preliminar, em momento anterior ao processo, para possibilitar a reunião de elementos informativos mais eficazes durante o inquérito policial. O prazo máximo estabelecido em lei é de 05 (cinco) dias, prorrogável pela autoridade judicial por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade, mediante pedido fundamentado da autoridade policial ou do Ministério Público. No caso dos crimes hediondos, o prazo é de trinta dias, também prorrogável por igual período, nos termos do artigo 2º, §4º da Lei 8.072/90.

Aqui, a probabilidade do delito está estampada no inciso III do artigo 1º, Lei 7.960/89, que carrega as fundadas razões de autoria e participação nos crimes elencados, enquanto o perigo gerado pelo estado de liberdade do suspeito se apresenta na imprescindibilidade da medida para as investigações, prevista no inciso I do mesmo artigo (LOPES JR., 2021b).

Feito esse breve panorama acerca da aplicabilidade da prisão temporária, é importante evidenciar que, dentre as duas prisões cautelares mencionadas, a que melhor se relaciona com o objetivo do presente trabalho é a prisão preventiva, razão pela qual receberá maior enfoque.

A prisão preventiva está regulamentada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. O artigo 312 do mesmo Código elenca as hipóteses de cabimento: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a lei penal. Para todos os casos, é necessário que haja prova de existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

---

<sup>3</sup> Há anos estavam em andamento no STF as ADI's 3.360 e 4.109, a fim de discutir a constitucionalidade da Lei 7.960/89. O julgamento foi finalizado no dia 14/02/2022, em Plenário Virtual, sob relatoria da Min. Carmen Lúcia. A decisão julgou parcialmente procedente o mérito das ADI's para realizar interpretação do artigo 1º conforme a Constituição Federal, estabelecendo que a prisão temporária pode ser decretada apenas quando presentes os seguintes requisitos, cumulativamente: "1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP)". A temática não foi abordada no presente trabalho com maior profundidade, porém, a fim de não haver fuga do tema, eis que a pretensão é de analisar a constitucionalidade do artigo 310, §2º, CPP.

Com possibilidade de aplicação em qualquer momento, a prisão preventiva se constitui enquanto medida cautelar a partir da estipulação dos requisitos legais expressos na prova de existência do crime, e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*); e das demais situações fáticas a serem protegidas, elencadas no dispositivo supracitado, que evidenciam o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*).

Importante frisar que, ao se falar em indícios suficientes, é preciso invocar os ensinamentos de Carnelutti e realizar a diferenciação entre juízo de possibilidade e juízo de probabilidade (LOPES JR. *apud* CARNELUTTI, 2021b). Enquanto o primeiro é suficiente para proceder-se à imputação delitiva, a partir de uma fumaça densa de cometimento do crime, o segundo, mais rigoroso, envolve a concreta verossimilhança das razões positivas, por meio de provas de que o fato é aparentemente típico, ilícito e culpável (LOPES JR., 2021b).

O perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, por sua vez, precisa ser demonstrado a partir de elementos fáticos e probatórios, não se admitindo que seja baseado em meras presunções, dado o nível de gravidade da prisão cautelar. Nesse sentido, amparando-se nos artigos 5º, LXI<sup>4</sup>, e 93, IX<sup>5</sup>, ambos da Constituição Federal, o parágrafo segundo do mencionado artigo 312 dispõe acerca da necessidade de fundamentação da decisão judicial que decretar a prisão preventiva, que por sua vez deve estar intimamente relacionada a esse perigo, desde que os fatos sejam novos ou contemporâneos à medida.

Já no artigo 313, do Código de Processo Penal, são elencados três importantes limites para a decretação da medida, quais sejam: a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o transcorrer de cinco anos para cessação dos efeitos da reincidência; c) se o crime envolver violência doméstica e familiar, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Ou seja, para que haja cabimento da decretação da prisão preventiva, é preciso que a interpretação de ambos os dispositivos seja feita em conjunto, com a cumulação desses requisitos.

---

<sup>4</sup> LXI - 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; (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

Desse modo, compreendendo que as prisões processuais servem às finalidades do processo, não se admite que a prisão preventiva seja utilizada como antecipação do cumprimento de pena, nos termos do artigo 313, §2º, do Código Processo Penal. Isso porque o que se almeja é a conservação do resultado útil do feito processual, e não a efetivação do direito material (PACELLI, CORDEIRO, REIS JR., 2019).

Do contrário, de nada valerá o processo, tendo em vista que uma pessoa que aguarda os atos processuais presa preventivamente, se absolvida ao final, terá recebido o mesmo tratamento que aquela que foi condenada, esvaziando a razão de ser do processo penal. Por essa razão, a necessidade de aplicação da prisão preventiva não pode ser presumida, devendo estar sempre fundada em elementos reais e concretos, em caráter de excepcionalidade, por implicar em consequências tão graves ao acusado.

Com o advento da Lei 13.964/19, a prisão preventiva não pode mais ser decretada de ofício pelo juiz, tendo como condição de procedibilidade o requerimento da medida por parte do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou da autoridade policial. No caso de cessação dos elementos fundantes para a determinação da prisão preventiva, porém, ela pode ser revogada de ofício, bem como a requerimento.

Quanto a esse ponto, ressalte-se que a Lei 13.964/19 determinou a necessidade de revisão das condições para a subsistência da prisão preventiva, que deve ser dar a cada noventa dias, por meio de decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (BRASIL, 2019). Dessa forma, em respeito ao princípio da contemporaneidade do perigo, para que a prisão preventiva se mantenha, não basta que sejam preenchidos os requisitos necessários à imposição, mas também que eles prevaleçam, com revisão constante por parte do juízo, sob pena de relaxamento da prisão.

## **2.1 Prisão em Flagrante**

Ao contrário da prisão temporária e da prisão preventiva, a prisão em flagrante não deve ser considerada uma prisão cautelar, mas sim pré-cautelar, conforme define Lopes Jr. (2020). Isso porque a constrição de liberdade é legítima apenas se tiver fundamento em uma ordem estrita, emitida pela autoridade competente, conforme art. 5º, LXI, da Constituição Federal (MINAGÉ, 2019).

A prisão em flagrante, por sua vez, cuja aplicação se justifica em razão da visibilidade do direito, isto é, a presença do *fumus commissi delicti*, envolve os órgãos públicos na obrigação – e os particulares na faculdade – de interromper a prática delitiva, podendo, inclusive, deter o autor (LOPES JR., 2020). Ou seja, de se perceber que a prisão em flagrante pode ocorrer independentemente de qualquer manifestação judicial. Na realidade, a prisão em flagrante se manifesta enquanto medida capaz de colocar o flagranteado à disposição do juiz para que sejam impostas, ou não, as medidas de natureza efetivamente cautelar (LOPES JR., 2021b).

Até mesmo porque, a partir daí, conforme o artigo 306, CPP, inicia-se a contagem do prazo de 24h para submissão do flagranteado à autoridade judicial, para que julgue a legalidade e a possibilidade de manutenção (por meio da conversão em prisão preventiva) ou relaxamento da prisão. Isso se faz necessário porque trata-se de uma medida que é mera detenção, sem a pretensão de estabelecer garantia de qualquer resultado final do processo (LOPES JR., 2020).

Dessa forma, recebido o auto de prisão em flagrante, de acordo com o disposto no artigo 310, *caput* e seus incisos, CPP, o julgador se vê diante de três possíveis caminhos: decidir pelo relaxamento da prisão, no caso de ilegalidade; convertê-la em prisão preventiva, se outras medidas cautelares diversas da prisão forem insuficientes, observado o artigo 312, CPP; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941), e com ou sem medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, fica impossibilitada a manutenção da prisão em flagrante por período superior a 24h, senão por pedido e decisão de conversão em prisão preventiva, nos moldes dos artigos 311 e 312, ambos do CPP. Ou seja, por sua natureza pré-cautelar, ninguém poderá ser mantido preso pela simples homologação da prisão em flagrante.

## **2.2 Liberdade Provisória**

Diante da homologação da prisão em flagrante, isto é, ausente ilegalidade e afastada a possibilidade de relaxamento daquela prisão, a liberdade provisória se torna uma das vias de possibilidade do juízo, enquanto medida substitutiva da prisão preventiva, estabelecendo uma vinculação entre pessoa detida e o processo, nos termos do artigo 321, CPP. Essa vinculação se apresenta na forma dos artigos 319 e 320, do mesmo Código, e possui diferentes graus, a

partir de um sistema intitulado por Lopes Jr. (2021a) de polimorfo, instaurado pela Lei 12.403/11.

Desse modo, a liberdade provisória conta com diferentes mecanismos de regime jurídico, podendo de manifestar como: a) liberdade provisória com fiança; b) liberdade provisória com fiança e outras medidas cautelares alternativas à prisão (artigo 319, CPP); c) liberdade provisória sem fiança, com outra medidas cautelares alternativas à prisão (artigo 319, CPP); d) liberdade provisória sem fiança, com comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, no caso do artigo 310, §1º, CPP (LOPES JR., 2021a).

De se perceber, pois, que apesar de a liberdade ser a regra no processo penal, essa liberdade é tida como provisória porque pode vir a ser revogada se as medidas estabelecidas nesses vínculos forem descumpridas pelo acusado. Portanto, trata-se de uma situação processual própria, intermediária entre a prisão preventiva e a liberdade plena - aquela caso o indivíduo não tenha sido preso em flagrante, ou teve essa prisão relaxada; ou porque a prisão preventiva não foi decretada ou, se decretada, foi revogada - (BADARÓ, 2020).

Nesse sentido, substituindo a prisão em flagrante já realizada, a liberdade provisória é uma contracautela que se revela como um importante mecanismo para viabilizar a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, na medida em que se constitui como impeditiva da prisão cautelar. Essa última, conforme artigo 282, §6º, CPP, também novidade legislativa trazida pela Lei 13.964/19, será determinada somente ante a impossibilidade de substituição por outra medida cautelar, cuja demonstração precisa se dar de forma fundamentada e individualizada pelo juiz.

### **3 A LEI 13.964/19 E A VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA**

#### **3.1 Contexto de elaboração da Lei 13.964/19**

A Lei 13.964/19, também conhecida popularmente como Pacote Anticrime, passou por um processo legislativo peculiar<sup>6</sup>, com elaboração do texto por parte de diferentes sujeitos, o

---

<sup>6</sup> Não só a Lei 13.964/19, mas várias das modificações trazidas ao Código de Processo Penal consistiram em reformas parciais, sem promover uma mudança na estrutura legal, de forma conjunta e coerente. Enquanto um remendo, acabam por seguir a lógica inquisitória presente no esqueleto do Código, tendo as garantias acusatórias feitas apenas desta forma: pontualmente pela legislação (COUTINHO, 2018). Dessa maneira, é fundamental que seja elaborado um novo Código de Processo Penal, deixando para trás não apenas as disposições amorfas que se contradizem, mas também a mentalidade inquisitória por parte dos operadores do Direito, a fim de se obter um processo penal que efetivamente seja constitucionalmente orientado.

que originou dispositivos cujos conteúdos não apresentam um caráter processualmente homogêneo, e oscilam entre inovações ora mais punitivistas, ora mais garantistas.

Ao final do ano de 2017, o Deputado Rodrigo Maia, presidente da Câmara à época, formou uma comissão de variados juristas, a fim de elaborar um anteprojeto de lei para o combate mais intenso de determinadas práticas delitivas no país. O enfoque foi a busca por um tratamento legislativo mais rigoroso à criminalidade violenta, ao passo em que deveria ser dado tratamento mais leve aos crimes não violentos e de menor gravidade, para evitar o prosseguimento de processos penais e o encarceramento (JUNQUEIRA, et al., 2021). Em 2018, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou o texto à Câmara, na forma do Projeto de Lei nº 10.372/2018.

No ano de 2019, Sérgio Moro, que ocupava o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública, apresentou o Projeto de Lei nº 882/2019, denominado popularmente de Pacote Anticrime, que por sua vez ecoou muitas das disposições apresentadas no anterior PL 10.372/2018. Isso motivou, portanto, a tramitação de ambos os projetos de forma unificada, com a criação de um Grupo de Trabalho para alinhá-los (JUNQUEIRA, et al., 2021).

A proposta recebeu alterações por parte dos deputados, cujo resultado final foi encaminhado ao Senado e, lá, aprovado. Por parte do Presidente da República, foram procedidos diversos vetos, com sugestões de veto pela Advocacia-Geral da União, pela Casa Civil e pelo próprio Ministro da Justiça (DEZEM, SOUZA, 2020). Finalmente, o texto foi convertido, no dia 24 de dezembro de 2019, na Lei 13.964/19.

Não é coincidência, porém, que o conteúdo da nova Lei esteja alinhado ao contexto político<sup>7</sup> no qual o Brasil estava inserido quando de sua aprovação. Veja, o Projeto de Lei 10.372/2018 se deu no ano de 2017, pós-*impeachment* da presidenta da República Dilma Rousseff (Partido dos Trabalhadores) e foi apresentado no ano de 2018, o mesmo da eleição do atual presidente Jair Bolsonaro (Partido Social Liberal, à época), que promovia em sua propaganda eleitoral aspirações de combate à corrupção e ao crime. O Projeto de Lei

---

<sup>7</sup> A exposição de motivos do PL 882/2019 esclarece as motivações da proposta legislativa: “A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas. (...) O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. (...) Corrupção (...) sempre existiu, porque é inerente à condição humana. Coisa diversa é a elevação acentuada de tal prática nas duas últimas décadas, fato este exibido pela mídia diariamente. (...) Na outra ponta, mas totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora. É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural.”

882/2019, da mesma forma, foi proposto no ano de 2019, o primeiro ano de governo do mencionado presidente, pelo então Ministro da Justiça, que por sua vez havia coordenado a Operação Lava-Jato e sido amplamente divulgado pela mídia como “herói anti-corrupção”<sup>8</sup>.

A própria alcunha “anticrime” revela, segundo Távora e Alencar (2020), um apelo ao populismo punitivo, que constrói no imaginário popular o problema da insegurança, no que os autores denominam uma “criminologia midiática”, provocando a histeria na sociedade, para que surja o clamor pela repressão.

O discurso do combate, portanto, é falaciosamente construído, já que nenhuma lei combate o crime, até mesmo porque a necessidade de aplicação da lei no caso concreto decorre da existência prévia de um delito; e tampouco cabe ao juiz o combate ao crime, mas somente aplicar o Direito (TÁVORA, ALENCAR, 2020).

Nessa esteira, de se observar que as alterações referentes ao direito material penal envolveram um intenso recrudescimento, não só com a criação de novos tipos penais, realizando uma expansão horizontal, mas também com o enrijecimento das sanções que já existiam, em expansão vertical (DEZEM, SOUZA, 2020). Isso evidencia que a Lei 13.964/19 parte de uma equivocada visão criminológica, pois se vale do entendimento de que a suposta “impunidade” está diretamente relacionada a uma legislação branda, retirando o enfoque da importância de investimentos nas instâncias de controle penal e nas medidas sociais, que seriam um começo para tentar solucionar a complexa criminalidade brasileira (DEZEM, SOUZA, 2020).

Em matéria de direito processual penal, em contrapartida, a Lei apresenta avanços importantes, a exemplo do artigo 3º-A, CPP, que foi o primeiro dispositivo legal a estampar expressamente o sistema acusatório no processo penal, ainda que já implicitamente determinado ao longo do texto constitucional. Outros exemplos são a definição pormenorizada de como deve se dar a cadeia de custódia da prova, por meio dos artigos 158-A ao 158-F, CPP; a instituição do juiz das garantias, no artigo 3º-B a 3º-F, CPP - embora não proposto pelo texto original dos projetos de lei; e a regulamentação do acordo de não persecução penal, possível em determinados casos, nos termos do artigo 28-A, CPP.

Entretanto, a inovação trazida pelo artigo 310, §2º, CPP caminhou em consonância com a maior parte das alterações realizadas pela Lei 13.964/19, isto é, no sentido de agravar o

---

<sup>8</sup> EXAME. Sérgio Moro, a arma anticorrupção do governo Bolsonaro. Publicado em 2018. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/sergio-moro-a-arma-anticorruptcao-do-governo-bolsonaro/>> Acesso em: 24 nov. 2021

tratamento legal do acusado, conforme já explicitado. O dispositivo, cuja análise de constitucionalidade é o enfoque do presente trabalho, receberá, a partir desse momento, maior destaque.

### **3.2 A nova redação do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal**

A redação do artigo 310, do Código de Processo Penal, antes da vigência da Lei 13.964/19, contava com a mesma composição atual de seus incisos, e trazia em seu parágrafo único o disposto no atual parágrafo primeiro. Ou seja, as alterações do dispositivo se deram quanto ao *caput* e à adição dos parágrafos segundo, terceiro e quarto.

Quanto ao parágrafo segundo, restou estabelecido, *in verbis*, 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” (BRASIL, 2019). Foi inserida à legislação, portanto, vedação expressa à concessão da liberdade provisória nos casos especificados.

A exposição de motivos da PL 882/2019 acerca das modificações no artigo 310, CPP é breve, e explicita que

Os arts. 183 e 310 tratam da prisão em flagrante. O juiz terá poderes de colocar em liberdade o acusado que tenha agido em condições de exclusão de ilicitude, mas se ele for reincidente ou estiver envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou ainda, se ele integrar organização criminosa, será mantido preso. Nesta hipótese, abre-se exceção para práticas sem maior relevância.

Portanto, de se perceber que a justificativa da proposição, apesar de não evidenciada na exposição de motivos do dispositivo em si, esteve estampada na justificativa do Projeto de Lei como um todo, conforme já explicitado.

O presente trabalho, assim, passará a analisar adiante a constitucionalidade dessa nova redação legal. No ponto, é preciso destacar que a Lei 13.964/19 foi alvo de quatro Ações



Diretas de Inconstitucionalidade, de números 6.298<sup>9</sup>, 6.299<sup>10</sup>, 6.300<sup>11</sup> e 6.305<sup>12</sup>, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, mas que foram suficientes para suspender vários dispositivos, que por essa razão ainda não estão vigendo. O §2º do artigo 310, CPP, porém, não foi objeto de nenhuma das ADI's propostas ao Supremo, tendo sido normalmente incorporado ao sistema jurídico penal. Evidencia-se, pois, que a disposição não alcançou a mesma visibilidade na opinião pública e de especialistas, apesar de seu significativo potencial lesivo às garantias constitucionais do processo penal.

#### **4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA**

O Código de Processo Penal, elaborado em 1941, teve como inspiração a legislação italiana, produzida em 1930, durante o regime fascista. Por essa razão, herdou bases autoritárias, principalmente em seu texto primitivo, e tinha a presunção de culpabilidade do acusado como princípio. A partir disso, as disposições do Código se preocupavam com a tutela da segurança pública em detrimento da liberdade individual; com a busca pela verdade real, que legitimou práticas autoritárias e abusivas; e o interrogatório do réu era feito de maneira inquisitiva, apenas como meio de prova, e não de defesa (PACELLI, 2020). Com o passar dos anos, algumas leis possibilitaram alterações no Código, o que permitiu que ele se aproximasse das determinações constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema de amplas garantias individuais e, com isso, o processo penal deixou de ser entendido como um meio para aplicação da pena e passou a ser um instrumento de garantia do indivíduo frente ao Estado. Passou a prezar pela igualdade efetiva entre as partes e pela sua realização sob a instrução contraditória, com a presença obrigatória de uma defesa técnica, diante de um juiz natural. A Constituição também determina que o órgão responsável pela acusação, o Ministério Público, seja uma instituição

---

<sup>9</sup> A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugna a) o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e b) o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019.

<sup>10</sup> A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos impugnados na ADI 6.298, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019.

<sup>11</sup> A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal.

<sup>12</sup> A ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, *caput*; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019

independente, que defenda a ordem pública e não os interesses exclusivos da função de acusar. Ao fazê-lo, demarca um modelo acusatório, com clara separação entre as funções de acusar e julgar, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz, e em observância do devido processo penal (LOPES JR, 2020).

Diante dos problemas estruturais do Código de Processo Penal, desse modo, é preciso que sua leitura seja feita obrigatoriamente através da Constituição, revalorando os dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com o viés constitucional acusatório. Conforme leciona Cruz (2011), em um Estado Democrático de Direito, a violação ao direito material penal deve ser resolvida por um processo penal norteado pelo sistema de direitos fundamentais contemplado na Constituição, na medida em que esta enuncia e sinaliza, enquanto aquele cumpre (CRUZ, 2011).

Por essa razão, o processo penal é necessariamente constitucional, de maneira que o termo processo penal constitucional componha verdadeira redundância. No presente trabalho, portanto, a interpretação do artigo 310, §2º, CPP à luz da Constituição Federal é guiada pela noção de que a adequação do processo penal ao texto constitucional constitui-se como uma condição de validade.

#### **4.1 O artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal**

Em um primeiro momento, é preciso que um raciocínio esteja claro: o artigo 310, §2º, CPP, aplica-se a situações de prisão em flagrante, cujas possibilidades de desdobramento por decisão do julgador são de relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória com ou sem medidas cautelares ou conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Nos casos do parágrafo estudado, porém, é excluída pelo legislador a possibilidade de concessão da liberdade provisória, restando ao juízo apenas que relaxe a prisão, o que é possível somente em caso de ilegalidade, ou que converta em prisão preventiva. Ou seja, notadamente foi trazido ao processo penal uma prisão *ex lege*, isto é, imposta por lei.

A ocorrência de uma vedação *ex lege* dessa natureza já possui restrições, por si só, em razão da aplicação de uma medida tão severa, que se resume na restrição da liberdade, pela mera satisfação da vontade do legislador, a partir de parâmetros genericamente definidos, desconsiderando os elementos objetivos e subjetivos do caso concreto (PACELLI, 2020).

Importante ressaltar, todavia, que não se pode afirmar que a discussão acerca da inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória decorre simplesmente da prisão *ex lege*, que por sua vez é permitida pelo texto constitucional em seu artigo 5º, LXVI<sup>13</sup>, CF. O que precisa ser analisado, de fato, é se há adequação dos parâmetros estabelecidos pelo legislador aos princípios e direitos fundamentais constitucionais (TOLEDO, 2020).

Segundo Toledo (2020), no dispositivo ora analisado, no que tange às circunstâncias de organização criminosa armada e de porte de arma de fogo de uso restrito, a vedação decorre da gravidade em abstrato dos delitos mencionados, e não de elementos concretos do fato, como permitido pela Constituição Federal. Ao fazê-lo, o legislador acaba por criar uma norma materialmente inconstitucional, isto é, em desacordo com os princípios constitucionais.

O primeiro princípio violado é o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, CF, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). O artigo 283, CPP, herdando essa noção, explicita que alguém só será preso diante de situação de flagrante delito, ou por ordem judicial escrita e fundamentada decorrente de prisão cautelar, ou por condenação criminal transitada em julgado. Ou seja, respeitando-se a presunção de inocência e, em caráter excepcional, fundamentadamente demonstrados os requisitos dos artigos 301, 312 e 313, todos do CPP.

Sem essas hipóteses, não há que se falar em prisão, eis que o acusado é presumidamente inocente. Lima (2020), seguindo essa linha, critica a novidade do artigo 310, §2º, CPP, a partir da ponderação de que não há compatibilidade entre prisão cautelar e a obrigatoriedade de sua imposição, dada a situação pré-processual da flagrância.

Isso porque, como revela Lopes Jr. (2020), o flagrante revela a aparência somente dos elementos da tipicidade e da autoria, mas ainda haverão de ser constatadas, pela via processual, a ilicitude, a culpabilidade, as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as majorantes e minorantes. Tudo isso é capaz de levar ao reconhecimento, ao final do processo, da inocência do acusado, ou mesmo à condenação de pena privativa de liberdade que possa ser convertida em pena restritiva de direitos.

Ademais, se considerada a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, que não se constitui enquanto fundamento mesmo para a manutenção de qualquer prisão, é possível

---

<sup>13</sup> Art. 5º, LXVI, CF: Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

perceber que, ao impor a vedação à liberdade provisória, o artigo 310, §2º, CPP se faz notadamente contrário ao disposto no art. 310, *caput* e à própria natureza jurídica do instituto da prisão em flagrante, bem como de todos os princípios que envolvem as tutelas cautelares.

A menção ao artigo 283, CPP, por sua vez, remete à violação de outro mandamento constitucional: da necessidade de fundamentação das decisões que decretam a prisão, prevista no artigo 5º, LXI, CF, e reforçado pelo artigo 93, IX, CF. Isso está intimamente relacionado à principiologia cautelar<sup>14</sup> e, portanto, à observância dos requisitos necessários para que seja possível a decretação de uma prisão preventiva.

Veja, a própria Lei 13.964/19 instituiu no artigo 311, CPP, a impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, necessitando-se de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou de representação da autoridade policial. Ainda, há uma série de requisitos de adequação e necessidade presentes nos artigos 312 e 313, CPP, já expostos no presente trabalho, que evidenciam a excepcionalidade da prisão preventiva. O §6º do artigo 282<sup>15</sup>, CPP, determina expressamente a prisão preventiva como *ultima ratio*, cabível somente quando não aplicável as medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319, CPP), por meio de decisão fundamentada, valendo-se do caso concreto. Até mesmo porque, a única exceção à liberdade, quando o acusado ainda é presumido inocente, é a função cautelar (JUNQUEIRA, et al., 2021).

Desse modo, a vedação à liberdade provisória proposta impõe uma prisão preventiva obrigatória - possibilidade já revogada do Código de Processo Penal com a Lei nº 5.349/67 (LIMA, 2020), de forma absoluta, a partir da inobservância de toda a teoria geral da tutela cautelar e os princípios que norteiam o instituto da prisão cautelar. Com isso, retira “do Poder Judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática” (LIMA, 2020, p.1182). Isto é, o juízo de periculosidade, prévio e abstrato, feito pelo legislador, impede a análise individualizada da aplicação da medida, o que acaba por violar também o princípio da individualização da pena, disposto no artigo 5º, XLVI, CF.

---

<sup>14</sup> Conforme leciona Lopes Jr. (2021a), os princípios envolvendo as prisões cautelares são: princípio da jurisdicionalidade e motivação; do contraditório; da provisionalidade e da atualidade do perigo; da provisoriedade; da excepcionalidade; e da proporcionalidade.

<sup>15</sup> §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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Ocorre, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade, inserido constitucionalmente a partir do princípio do devido processo legal (TOLEDO, 2020), contido no artigo 5º, LIV, CF, em seu aspecto material.

Nesse momento, é possível falar-se em inconstitucionalidade também no que tange à circunstância da reincidência, trazida pela nova redação do artigo 310, §2º, CPP. Isso porque a reincidência, aponta Toledo (2020), ao contrário dos demais elementos trazidos pelo novo dispositivo, é um elemento do fato concreto e, portanto, a vedação por essa circunstância não importaria em inconstitucionalidade<sup>16</sup> em um primeiro momento, estando em consonância com a vedação *ex lege* permitida pelo artigo 5º, LXVI, CF. Todavia, quanto à proporcionalidade e à razoabilidade dessa vedação, já não é possível mais falar-se em amparo constitucional.

Isso pelo motivo de que a vedação à liberdade provisória, não só quanto à reincidência, mas em todos os casos por ela apontados, se baseia em situações que podem possuir muitos desdobramentos, que não necessariamente conduzem a uma gravidade concreta capaz de justificar, razoavelmente, a manutenção da prisão (TOLEDO, 2020).

Por exemplo, se o indivíduo possuir duas condenações transitadas em julgado por contravenção penal, se encaixa no conceito de reincidência e, portanto, poderia ter a liberdade provisória denegada com base no artigo 310, §2º, CPP. Da mesma maneira, reforça Lima (2020) que um indivíduo (que se encaixa em uma das hipóteses do referido dispositivo) que comete determinado delito e é preso em flagrante, não fará jus à liberdade provisória; enquanto outro indivíduo, que incorre na exata mesma prática delitiva e foge para evitar o flagrante e se esquivar da responsabilização penal, poderá ser colocado em liberdade provisória se vier a ser identificado no futuro. É evidente que os parâmetros carecem, pois, de qualquer proporcionalidade e razoabilidade; bem como de uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal (NUCCI, 2021, p. 724).

Nesse sentido, observa Lopes Jr. (2021a), que não há vedação à liberdade provisória em casos muito mais graves que os propostos pela Lei 13.964/19, como os hediondos e equiparados. Ressalte-se, mais uma vez, que a prisão preventiva não pode se basear na gravidade abstrata do delito, mas em elementos concretos de probabilidade de ocorrência do

---

<sup>16</sup> Aqui, faz-se a ressalva de que a reincidência é entendida por grande parte da doutrina como flagrantemente inconstitucional, por consistir em verdadeiro *bis in idem*, ocorrendo a punição, por mais de uma vez, pela mesma circunstância, o que violaria o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CF).

delito e do perigo da liberdade do indivíduo. No entanto, a comparação é válida para demonstrar a desproporcionalidade da vedação ora estudada.

Ademais, tratando-se de prisão que decorre apenas da situação de flagrância, não haverá elementos de prova suficientes para concluir determinadas circunstâncias, como, por exemplo, que o indivíduo integra organização criminosa armada ou milícia (LOPES JR., 2020). Para delitos dessa natureza, devem estar presentes as elementares que constituem o tipo penal, em linhas conceituais demarcadas (TÁVORA, ALENCAR, 2019), acompanhadas do *animus* associativo.

Se houver prova suficiente para tanto, a conversão da prisão em preventiva se fará, provavelmente, com base nos fundamentos sólidos da prisão cautelar, e não por meio da aplicação do §2º, artigo 310, CPP (CUNHA, 2020). Do contrário, como observam Távora e Alencar (2019), a vedação à liberdade provisória se faria tão somente com base em suposições que jamais se sustentariam diante do *standard* de prova necessário à imposição de uma prisão cautelar, o que feriria, mais uma vez, o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF).

#### **4.2 Questões já superadas: a Lei de Drogas e o Estatuto do Desarmamento**

A redação do artigo 310, §2º, CPP, trazida pela Lei 13.964/19, não foi a primeira norma a determinar a vedação à liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, conforme passa a se expor, as disposições legislativas foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, partindo-se das mesmas premissas tratadas no presente trabalho, no que tange à impossibilidade de vedação à liberdade provisória determinada pelo legislador a partir de critérios abstratos de periculosidade.

A Lei 11.343/06, a chamada Lei de Drogas, contém em seu artigo 44 a seguinte redação “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão<sup>17</sup> de suas penas em restritivas de direitos” (BRASIL, 2006). Ou seja, as pessoas acusadas do crime

---

<sup>17</sup> A vedação à conversão da pena em restritiva de direitos também já foi declarada inconstitucional (LIMA, 2020). Informativo 598 do STF: HC 97.256/RS, de relatoria do Min. Ayres Britto, julgado em 01/09/2020, que gerou a Resolução nº 5 de 2012, do Senado Federal. O artigo 1º da Resolução dispõe que: “É suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.”

de tráfico de drogas; de posse de equipamentos para produção de drogas dirigidas ao tráfico; e de colaboração como informante de grupo, organização ou associação criminosa dirigidos ao tráfico, teriam a liberdade provisória automaticamente denegada por lei.

No julgamento do HC 104.339, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes (julgado em 10/05/2012), o STF incidentalmente declarou a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória, que ocorreria somente ante a possibilidade de observância dos requisitos para a prisão cautelar, e não por imposição legal. No ano de 2017, em decisão que teve repercussão geral reconhecida, o STF julgou inconstitucional a previsão do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/06, em Plenário Virtual no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.038.925, vinculando com a decisão também outros tribunais (LOPES JR., 2021a):

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do art. 44 da Lei n.11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. [RE 1.038.925 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, P, j. 18-8-2017, DJe de 19-9-2017, Tema 959.]

A Lei 10.826/03, também conhecida como Estatuto do Desarmamento, também traz a vedação à liberdade provisória em seu artigo 21: “Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória” (BRASIL, 2003). As condutas-alvo da vedação seriam a então posse ou porte de arma de fogo de uso proibido ou restrito; o comércio ilegal de armas de fogo; e o tráfico internacional de armas de fogo. Novamente, uma vedação legal justificada por elementos abstratos do tipo penal, incorrendo nas mesmas inconstitucionalidades já expostas.

O tema foi discutido em sede da ADI nº 3.112-1, em 02/05/2007, de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que julgou, além do artigo 21, também a constitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03. Esses dois últimos tratam da inafiançabilidade dos crimes presentes nesses dispositivos<sup>18</sup>, isto é, consistindo em uma vedação abstrata da liberdade provisória com fiança. Quanto à vedação à liberdade provisória expressa, prevista no artigo 21, entendeu-se que a inconstitucionalidade se ampara nos

---

<sup>18</sup> A inafiançabilidade do parágrafo único dos artigos 14 e 15 foi entendida pelo Ministro Lewandowski como “desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade”.

princípios da presunção de inocência e da fundamentação das decisões judiciais que determinam a prisão.

Por fim, de se observar que o Estatuto do Desarmamento entrou em vigor em 2003, e teve a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória reconhecida no ano de 2007. A Lei de Drogas, por sua vez, entrou em vigor em 2006, e a inconstitucionalidade proposta pelo *caput* do artigo 44 foi declarada apenas em 2012, tendo a discussão jurisprudencial chegado ao fim apenas no ano de 2017. Desse modo, apesar de não ter sido objeto das ADI's referentes aos dispositivos trazidos pela Lei 13.964/19, é de se esperar que a inconstitucionalidade do §2º do artigo 310, CPP, já explorada, venha a ser também reconhecida pelo STF em momento futuro, fazendo valer o filtro constitucional do processo penal, necessário à garantia dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

## **5 CONCLUSÃO**

As reflexões realizadas no presente trabalho explicitam a relevância de realizar-se a leitura dos preceitos penais e processuais penais por meio de um filtro constitucional. A Constituição Federal de 88, enquanto Lei Maior do ordenamento jurídico pátrio, orienta as leis infraconstitucionais, que precisam estar alinhadas ao sistema de direitos e garantias fundamentais. Por vezes, o processo legislativo, apesar de legalmente válido, acaba por resultar na produção de uma norma materialmente inconstitucional, que deve ser identificada pelo Poder Judiciário o quanto antes, para que se proceda ao controle de constitucionalidade. Isso restou evidenciado a partir dos caminhos percorridos por este trabalho.

Em um primeiro momento, a partir da contextualização do sistema de medidas cautelares, aprimorado pela Lei 12.403/11, foi possível compreender no que consiste a aplicação das prisões cautelares, sobretudo a prisão preventiva, cujos requisitos de necessidade e adequação são imprescindíveis para proceder-se à aplicação, de modo a respeitar a principiologia cautelar e constitucional.

Entendida a natureza cautelar, foi possível entender a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante, da qual os desdobramentos estão diretamente relacionados ao dispositivo objeto do trabalho, principalmente no que tange à possibilidade de concessão da liberdade provisória, com aplicação ou não de medidas cautelares diversas da prisão, expressamente vedada pela norma em análise.



Paralelo a isso, a partir do panorama geral realizado sobre o contexto de elaboração da Lei 13.964/19, identificando quais foram as motivações e pressupostos do legislador, que valorizou uma política de recrudescimento penal, na medida em que enrijeceu disposições sobre determinadas condutas delitivas, restou evidenciada as bases para se chegar à vedação da liberdade provisória nos casos estudados.

Desse modo, adentrando no exame constitucional das determinações da referida norma, foi possível identificar a violação de alguns princípios constitucionais, essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito e das garantias da pessoa acusada. Trazer à baila os precedentes do Supremo Tribunal Federal, quanto às disposições da Lei 11.343/06 e da Lei 10826/03, contribuiu para a construção do entendimento de que a análise proposta pelo presente trabalho encontra respaldo inclusive jurisprudencial.

A partir das reflexões realizadas, portanto, é possível concluir que a Lei 13.964/19, ao promover o §2º do artigo 310, CPP, implicou em uma inovação inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, confirmando a hipótese inicialmente formulada. Isso porque implicou em violação aos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF); da exigência da fundamentação das decisões que decretam a prisão (arts. 5º, LXI, CF); e da razoabilidade e da proporcionalidade, derivados do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Necessário se faz, portanto, que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo pelo STF, a fim de que perca a sua vigência e, portanto, não possa mais ser aplicado.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE pede vista em julgamento de ADI sobre lei da prisão temporária. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-29/alexandre-vista-julgamento-adi-prisao-temporaria>> Acesso em: 10 fev. 2022.

ALMEIDA JUNIOR, MORONG. Veronilde Oliveira de. Fábio Ferreira. Uma breve análise da Lei nº 12.403/2011 em relação à prisão em flagrante nos termos do Código de Processo Penal. **Colloquium Socialis**, v. 02, n. Especial 2, p.486-492, Jul/Dez, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019.

BRASIL. **Código de processo penal**. Brasília: Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm)> Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 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/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)> Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF:

Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)> Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 11.343/06, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 05/2012, de 15 de fevereiro de 2012**. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/congresso/rsf-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/congresso/rsf-05-2012.htm)> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 3.112. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 2.5.2007. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/adi\\_3112\\_estatuto\\_do\\_desarmamento.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/adi_3112_estatuto_do_desarmamento.pdf)> Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 3.360. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgado em 14.2.2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375>> Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 4.109. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgado em 14.2.2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686>> Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência** nº 665/STF. Disponível em: <<https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0665-stf.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência** nº 598/STF. Disponível em: <<https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0598-stf.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 - Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 - Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300 - Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305 - Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020.

COMENTANDO alguns aspectos processuais do pacote anticrime. Aury Lopes Jr. 22 de jul. 2020. 1 vídeo (52 min). Publicado por: Aury Lopes Jr. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VPd6-wAkPkI&t=4s> Acesso em: 24 nov. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº12.403/2011: Mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: Marco Aurélio Nunes de Silveira e Leonardo Costa de Paula. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018. p. 151-154.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. Brasil, 2020**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 24 nov. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020.

IBCCRIM. **A (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade da prisão processual exclusivamente em razão da reincidência**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1061> Acesso em: 26 dez. 2021.

IBCCRIM lança nota técnica sobre Pacote Anticrime. **IBCCRIM**, 2019. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime> Acesso em: 26 dez. 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo *et. al.* **Lei Anticrime Comentada – artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021a.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021b.

METZKER, David. **Lei Anticrime (Lei 13.964/2019): Comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento**. 1. ed. Timburi, SP: Editora Cia do eBook, 2020.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; JÚNIOR, Sebastião dos Reis. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PAZ, Lucas da Rosa. **A (in)constitucionalidade da vedação à concessão da liberdade provisória no artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal**. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/15535>> Acesso em: 05 jan. 2022.

SILVA, Débora Maria de Medeiros. **A (in) constitucionalidade do artigo 310 §2º do Código de Processo Penal, trazido pela lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime)**. 2021. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Campina Grande, 2021. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/20218>> Acesso em: 05 jan. 2022.

SOUZA, Larissa de Oliveira. **A (in)constitucionalidade do artigo 310, §2º, do Código de Processo Penal: Vedação à concessão da liberdade provisória no crime de organização criminosa**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás; Escola de Direito e Relações Internacionais, Goiânia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/3656>> Acesso em: 05 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF define critérios para decretação da prisão temporária. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=481715&ori=1>> Acesso em: 19 fev. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao Anteprojeto de Lei Anticrime: Tripartido em três Projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TOLEDO, Guilherme Marra. **A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal**. Revista Consultor Jurídico, 6 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/marra-inconstitucionalidade-artigo-310-cpp>. Acesso em: 11 de jan. 2021.