Coordenação-Geral:
PEDRO CASCAES NETO

Coordenação Acadêmica:
RODRIGO INDALÊNCIO VILELA VEIGA

# COLETÂNEA DA ADVOCACIA CATARINENSE

Presidentes das Comissões Correlatas:

Aloisio Jose Rodrigues; Bruno Tussi; Camila Lunardi Steiner; Daisy Cristine Neitzke Heuer; Daniel Batista Stahelin; Debora Pinter Moreira; Denise Alessandra Krug Demmer; Felipe Hack de Barros Falcão; Fernanda Gama Ninow Burigo; Frederica Richter; Guilherme Stinghen Gottardi; Hugo Leonardo Pereira Leitão; Isabela Pinheiro Medeiros; Isadora Mello Guimarães Barth; Janaina Lenhardt Palma; Karen De Pauli Nascimento; Leandro Ibagy; Liliane Vinadé Silva; Luisa Walter da Rosa; Marcelle Stahelin; Maria Alice Trentini Lahoz; Marina Ferraz de Miranda; Márcia Cristina Lamego; Mayara Soares Cardoso; Michele Barreto Cattaneo; Milly Christie Lima; Rafael Ramos Rodolfo; Raquel Jacintho; Rodrigo Berthier da Silva; Rodrigo Junqueira Bertoncini; Sandra Mara Vilela; Victor da Costa Malheiros.

Articulistas:

Alan Airton Coletto; Alex Patricio Córdova; Alessandro Di Giuseppe; Alessandra Marcon Carioni; Aline Witt Habkost Dolla; Alini Cássia Barbosa; Aloísio José Rodrigues; Ana Beatriz Angelo Silva; Ana Cláudia Mota; Angélica Wessling Martins; Bárbara Abreu Olivieri; Bernardo Corrêa de Sousa Pessi; Bruna Carneiro da Fontoura; Bruno Constante Goedert; Bruno Tussi; Camila de Liz Pereira Ribeiro; Camila Pinheiro Bergenthal; Carlos Roberto Costa Junior; Cássia Cristina da Silva; Célia Terezinha Mantoani; Claude Pasteur De Andrade Faria; Daisy Cristine Neitzke Heuer; Dayna Simão; Débora Mascia Callegari; Diego Bastos Moraes; Diego de Paula; Dirnei Levandowski Xavier; Deymes Cachoeira de Oliveira; Eduardo André Carvalho Schiefler; Eduardo Campos Ferreira; Elaine Fátima de Melo Deeke; Elenise Magnus Hendler; Fabricia Lima Pires; Felipe Dias Dos Santos; Felipe Roeder Da Silva; Fernando Müller; Fernanda Gama Ninow; Flávia França Alves de Oliveira; Francine Goulart Dias; Francinara Magrini Ferreira; Gabriel Jardim Teixeira; Gilberto Marimon Carvalho; Giovane Canonica; Ícaro Machado Pereira Pedroso; Ilze Cidral Martins; Iriana Custodia Koch; Isabelle Amorim Bezerra Camilotti; Isadora Mello Guimarães Barth; Jackie Francielle Anacleto; Janaína Silveira Soares Madeira; Jamyle Terceiro Jardim; Jéssica De Assis Feijó; Jéssika Chielle Silva; Joanita Maria Alves; Josiane Lader; Josué Charles Klein; Juliane Silvestri; Karolainy do Nascimento Coelho; Larissa Krétzër; Laura dos Santos Cellarius; Lediane Aparecida Mazzini; Letícia Soster Arrosi; Lilyan Ribeiro Geremias; Liliane Vinadé Silva; Lucas Fachi; Luiz Eduardo Gunther; Luiz Eduardo Zanoto; Luiz Otávio Pimentel; Luísa Walter da Rosa; Maiumi Yared Pille; Marco Antônio César Villatore; Marcelo Filipe Kosenhoski; Marcelle Stähelin; Maria Alice Trentini; Maria Eduarda Barzan Sell; Maria Fernanda Kauling; Maria Luiza Fernandes Momm; Mariana Verônica Hensel Barreto; Markinley Moreira dos Santos Jaques; Mayara Namie Soter Ishikawa; Michel Scaff Junior; Michele Barreto Cattaneo; Michele Copetti de Almeida; Milena Carolini da Silva; Milly Christie Lima; Orlando Flávio Silva; Osvaldo Agripino de Castro Junior; Paula Serrano Conde; Priscilla Franco Amorim; Rafael Gustavo Tejada Garcia Massei; Rafael Henrique Mendes dos Reis; Rafael Martins Carrara; Rafael Santos Reis Cavalini; Rejane Da Silva Sánchez; Renata dos Santos Theodoro Takashima; Roberta Miotti Ritter Von Jelita; Roberto Ventura Neves; Rodrigo Junqueira Bertoncini; Rômulo Francisco Hendges dos Santos; Ruama Rafaela Medeiros; Sandro Luiz Nunes; Sarita Felizardo Assis Pacheco; Suellen Taline Lobo; Tainá da Silva Germiniani; Tatiéli Ferreira Das Chagas; Uander Fernandes Chaves; Valdeildo Fagundes De Oliveira; Vitor Esmanhotto Da Silva.

OAB SANTA CATARINA | CGC | ESA | CAASC

VOLUME VI

Scanned with CamScanner

# LIBERDADE PROVISÓRIA DO ART. 310, §2º DO CPP: IMPOSSIBILIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE

**TATIÉLI FERREIRA DAS CHAGAS**

Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Pós-Graduando em Direito e Processo Penal pela Ebradi – Escola de Direito; Advogada.

**SUMÁRIO:** O1. Introdução - 2. Espécies de liberdade provisória: com ou sem fiança - 3. Hipóteses de admissão e concessão de liberdade provisória - 4. Inconstitucionalidade da regra do § 2º do art. 310 do cpp - 4.1 Inocorrência da subsidiariedade da prisão - 4.2 Inocorrência do controle judicial por meio de decisão fundamentada: prisão *ex lege* - 5. Conclusão.

## 1. Introdução

Com a evolução da humanidade e a mudança de pensamento da sociedade, é inegável o crescimento, também, da criminalidade. Para acompanhar este fenômeno nosso sistema legislativo precisa se adequar, aprimorando e desenvolvendo novos dispositivos de leis em busca do controle social.

Uma das maneiras de o Estado resguardar e proteger a instrução criminal foi com a implantação de medidas cautelares, as quais possuem três finalidades específicas: a aplicação da lei penal, assegurar a investigação ou a instrução criminal, e neutralizar o risco de prática de infrações penais. Sendo a única medida cautelar de natureza encarceradora, deve ser utilizada somente como *ultima ratio* do sistema de medidas coercitivas cautelares.

Assim, a prisão preventiva só caberá quando nenhuma das demais medidas coercitivas se constituir como um meio necessário e



Scanned with CamScanner

eficaz para assegurar o andamento do processo, sendo imprescindível a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, bem como a presença de indícios de autoria e materialidade para a sua aplicação. Não cumprindo com os requisitos exigidos para sua decretação, deve o juiz conceder a liberdade provisória.

Visando o estudo dos dispositivos que regem nosso sistema judiciário, o presente trabalho tem como finalidade analisar a impossibilidade de aplicação da liberdade provisória por meio da inconstitucionalidade da regra contida no § 2º do art. 310, acrescido ao Código de Processo Penal (CPP) por meio da Lei nº 13.964/2019, a partir de referenciais constitucionais de tratamento do réu no processo e nos princípios que regem a atividade jurisdicional.

Com isso, para enfatizar a pesquisa foi levantada a seguinte problemática: A inclusão do § 2º, do art. 310 do CPP nas alterações feitas pela Lei nº 13.964/2019, determinando que o Juiz criminal não conceda liberdade provisória ao agente reincidente ou integrante de organização criminosa armada ou milícia, ou que porte arma de fogo, tem acolhida constitucional?

O método de estudo foi o indutivo e a pesquisa de desenvolve pela análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

## 2. Espécies de liberdade provisória: com ou sem fiança

A liberdade provisória está prevista na CF, em seu art. 5°, LXVI, ao dispor a possibilidade de aplicação àqueles que forem levados ou mantidos no cárcere. Este dispositivo acompanha o princípio constitucional da Presunção de Inocência, ou seja, respeitando as exceções previstas em lei, a regra é a liberdade. [110]

O Código de Processo Penal dispõe, em seu Capítulo VI, duas

110 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Forense, 2020.



Scanned with CamScanner

modalidades de liberdade provisória: com ou sem fiança. A primeira se encontra prevista no art. 322 do CPP:

> *Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.*
>
> *Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.*

Desta feita, nota-se que a liberdade provisória não é uma exclusividade jurisdicional, pois a fiança pode ser arbitrada ainda na delegacia pela autoridade policial, logo após a lavratura da prisão em flagrante, desde que o delito praticado pelo afiançado não ultrapasse a pena máxima privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, pois nestes casos, sua fixação será requerida ao juiz, que poderá decidir em até 48 (quarenta e oito) horas.

Importante esclarecer que a fiança é uma espécie de caução, podendo ser subtendida como uma garantia. Sua finalidade dentro do processo penal é assegurar que o indiciado esteja, de alguma maneira, vinculado ao Estado enquanto as investigações estejam tramitando pois, em regra, o indiciado tem o interesse de reaver o valor depositado. Além da finalidade vinculadora, a fiança ostenta a garantia de cobrir com as despesas que o processo gerar. Caso seja utilizada, deverá seguir a seguinte ordem de pagamento: custas do processo, indenizações causadas, prestação pecuniária e multa. [111]

A situação econômica do réu é um dos requisito mais importantes para estipulação do valor que poderá chegar até

111 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Forense, 2020.



Scanned with CamScanner

200(duzentos) salários mínimos, pois verificada a situação de pobreza do indiciado que poderá ser dispensada, reduzida ou aumentada, à depender da situação em concreto, conforme descreve o art. 325, § 1° do CPP. Todavia, a dispensa é prerrogativa do juiz, conforme preceitua o art. 350 do CPP, podendo a autoridade policial somente arbitrar, reduzir ou aumentar. [112]

O entendimento dos tribunais é pacífico quanto à dispensa de fiança diante da concessão da liberdade provisória quando comprovada a hipossuficiência do indiciado, deverá ser concedida a liberdade provisória, porém com as mesmas obrigações da fiança. Pois, manter uma pessoa encarcerada pelo motivo de não possuir condições financeiras para custear uma fiança, seria incompatível com nosso sistema criminal, pois a regra é a liberdade.

O Código de Processo Penal também estabelece casos em que não é cabível fiança, estes devidamente descritos nos arts. 323 e 324, e a doutrina enfatiza:

> *Para os crimes inafiançáveis, evidencia-se que não existe prisão cautelar obrigatória e que o flagrante 'não prende por si só', como já explicado, de modo que, mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro 'inafiançável', poderá o juiz conceder liberdade provisória, sem fiança, e mediante medidas cautelares alternativas com suficiência para tutelar a situação fática de perigo.*[113]

Visto isso, verifica-se que a liberdade provisória pode ser decretada com ou sem fiança, a depender do caso concreto e, se concedida com fiança, esta poderá ser devolvida caso comprovada

112 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

113 LOPES JUNIOR, Aury. Curso de Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



Scanned with CamScanner

a inocência do acusado. Por outro lado, para os casos de crimes inafiançáveis, ainda é possível a liberdade provisória, desde que a parte cumpra outras medidas cautelares suficientes para o delito cometido.

### 3. Hipóteses de admissão e concessão de liberdade provisória

O CPP aponta algumas possibilidades de admissão da liberdade provisória. Apesar disso, atualmente, a liberdade deixou de ser provisória e passou a ser a regra. Dispõe o art. 310 do CPP:

> *Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:*
>
> *[ . . . ]*
> *III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.*
>
> *§ 1º - Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*
>
> *§ 2º - Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta*



Scanned with CamScanner

> *arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.*

Desta feita, o CPP dispõe que a liberdade provisória é cabível para todos os crimes, podendo ser concedida com ou sem obrigações processuais. Todavia, além das vedações de concessão de liberdade provisória mediante fiança, trazidas pelos arts. 323 e 324 do CPP, deve-se ater também à vedação do § 2º do art. 310 do mesmo Código em relação ao investigado que integra organização criminosa armada, milícia ou que porta arma de fogo de uso restrito.

Além de estar presente no CPP, a liberdade provisória tem previsão em leis esparsas, como é o caso da Lei de crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que passou a dispor sobre a concessão de liberdade provisória sem fiança para os crimes hediondos após a mudança legislativa da Lei nº 11.464/2007. [114]

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) também sofreu alterações com a mudança legislativa da Lei nº 11.464/2007. A norma continha uma vedação expressa da liberdade provisória, todavia, além disso, foi firmado entendimento no STF sobre a existência de uma inconstitucionalidade no sentido de que a norma trata a prisão preventiva como regra, deixando a liberdade como exceção, caminhando em sentido oposto às garantias constitucionais. [115]

Nesta toada, o voto do Ministro Gilmar Mendes elucida que:

> *A previsão constitucional de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável (art. 5º, XLIII) não traduz dizer que seja insuscetível de liberdade provisória, pois conflitaria com o inciso LXVI do mesmo*

114 LOPES JUNIOR, Aury. Curso de Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

115 LOPES JUNIOR, Aury. Curso de Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



Scanned with CamScanner

> *dispositivo, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.* [116]

A Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, também impossibilitava a concessão de liberdade provisória, tendo sido modificada por meio do ADI 3112, que julgou improcedentes as vedações antes feitas nos art. 16, 17, 18, por considerar textos inconstitucionais, tornando a liberdade provisória e, também, o arbitramento de fiança, possíveis de concessão diante de delitos acomodados na citada lei. [117]

É entendimento do STF:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. [...] V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. [...]*[118]

Portanto, diante de tantas vedações de concessão de liberdade provisória derrubadas com o passar do tempo, nota-se que tal instituto

---

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339. Brasília, 2012. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259. Acesso em: jun. 2022.

117 LOPES JUNIOR, Aury. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adi nº 3112. Brasília, 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89892/false. Acesso em: jun. 2022.



Scanned with CamScanner

reservada para casos em que a sua necessidade fica legitimada.

## 4. Inconstitucionalidade da regra do § 2º do art. 310 do cpp

O Pacote Anticrime (Lei n° 13.964/2019) inseriu quatro parágrafos no art. 310 do CPP, os quais são motivo de muitas discussões no âmbito doutrinário. O § 2° do referido artigo disciplina que os agentes reincidentes, que integrem organização criminosa armada ou milícia, ou que tenham portado arma de fogo de uso restrito, não terão direito à liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. Trazendo isto para o texto processual, o legislador tornou obrigatória a prisão preventiva quando houver ao menos uma dessas hipóteses, não abrindo espaço para o julgador decidir sobre as garantias do preso. [120]

Com isso, o CPP passa novamente a dispor da liberdade provisória vedada ou proibida. Tal mecanismo já foi arguido anteriormente, tanto no CPP quanto em outras leis extravagantes, porém todas foram derrubadas por serem considerados dispositivos inconstitucionais. [121]

Importa ressaltar que:

> *O art. 310, § 2°, repete iniciativas legislativas que foram, a seu tempo, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (vedação à progressão de regime em crimes hediondos e prisão obrigatória para o tráfico de drogas, por exemplo). A regra constante do artigo materializa o que se pode chamar de prisão ex lege ou prisão obrigatória. Trata-se daquelas situações em que a lei vincula a autoridade judiciária à decretação da prisão, independente das*

120 ASSUMPÇÃO, Vinícios. Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020.

121 BAUTZER, Sérgio. O Pacote Anticrime e a volta da Liberdade Provisória vedada ou proibida. Brasília: Gran Cursos Online, 2020. Disponível em: https://blog.grancursosonline.com.br/o-pacote-anticrime-e-a-volta-da-liberdade-provisoria-vedada-ou-proibida/. Acesso em: jun. 2023.



Scanned with CamScanner

*circunstâncias do caso concreto. [...]*[122]

A discussão doutrinária é diante do cenário constitucional, pois nossa Carta Magna apresenta inúmeros dispositivos que proíbem a não concessão da liberdade provisória. Desta forma, pode a lei ordinária vedar a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança? Ao fazer isso, o legislador não deixa espaço para o judiciário decidir sobre a manutenção da prisão cautelar, determinando de forma absoluta que certos casos não comportam liberdade provisória. Assim, tal premissa é compatível com nosso sistema de garantias constitucionais? [123]

Nesta toada, os princípios constitucionais têm primazia sobre as regras infraconstitucionais do CPP, afinal, fazem parte do rol fundamental e funcionam como vetores do Estado Democrático de Direito e, diante disso, uma lei ordinária e seus princípios infraconstitucionais devem prevalecer somente sob normas específicas. Portanto, o Guardião da Constituição considera prevalente os princípios constitucionais da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, além de ressaltar que o direito à liberdade é a regra, de mesmo modo, a prisão é uma exceção. [124]

Dentro dessas premissas, a prisão preventiva é uma necessidade, comportada somente como *ultima ratio*, e a liberdade provisória uma regra. Quando colocados os dois institutos em confronto, conclui-se que, havendo flagrante, o indiciado deve ser posto em liberdade provisória, salvo quando presentes os requisitos da necessária prisão preventiva. Sendo assim, é inadmissível a produção legislativa contrária aos princípios constitucionais, em particular quando

122 ASSUMPÇÃO, Vinícios. Pacote Anticrime: comentários à lei 13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020.

123 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

124 NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



Scanned with CamScanner

expressos especialmente no campo penal e processual penal, quando afeta diretamente a liberdade individual e, indiretamente, vários outros direitos fundamentais (vida, intimidade, propriedade, integridade física etc.). [125]

Neste ínterim, importante lembrar-nos da Súmula 697 do STF, que determina que "a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo". [126]

Diante disso, mesmo que haja proibição legislativa da concessão de liberdade provisória, por força da súmula outrora citada, se a prisão perdurar por muito tempo, poderá a medida constritiva ser relaxada. Sobre este assunto, salienta-se que:

> *Parece-nos incompreensível essa desigualdade de tratamento. Assim, o correto é exigir uniformidade de raciocínio e de aplicação da lei processual penal a todos os indiciados e acusados, não sendo cabível vedar a liberdade provisória, única e tão somente porque o agente foi preso em flagrante, pela prática de determinados delitos.* [127]

Assim, inexiste fundamento constitucional mínimo para a proibição da liberdade provisória, pelo contrário, proibi-la é o mesmo que inverter a regra e consagrar a prisão, o que seria uma afronta ao princípio da Presunção de Inocência e outros dispositivos bases que nossa CF oferece. [128]

---

125 NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 697. Brasília, 2003. Disponível em: https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2781. Acesso em: jun. 2023.

127 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Forense, 2020.

128 NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



Scanned with CamScanner

Existe farta jurisprudência consolidada referente à vedação de liberdade provisória, inconstitucionalizando vários artigos em leis extravagantes que tentaram vedar o instituto. O STF afirma que "[...] É inconstitucional a expressão 'e liberdade provisória', constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. [...]". [129]

De mesmo modo, na mesma Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu que "não se aplica a vedação da liberdade provisória contida no art. 2º, II, da L. 8.072/90 - na qual se fundou a sentença de pronúncia para manter a prisão do paciente -, por não se tratar de prisão em flagrante, mas, de prisão preventiva, cuja fundamentação se repute inidônea".[130]

Sendo assim, verifica-se, com base nos julgados anteriores, que as leis que tentaram vedar a liberdade provisória foram tornadas inconstitucionais pela Corte Constitucional.

Sobre o posicionamento do Supremo, manifesta-se a doutrina da seguinte forma:

> *Em homenagem aos princípios da presunção de inocência e da legalidade estrita da prisão cautelar, não se pode mais aceitar que o legislador promova a vulgarização da proibição à liberdade provisória. [...] Os critérios para a concessão (ou negação) são legislativos, mas não se pode fazer desaparecer o direito. Por isso, foi proclamada inconstitucional, pelo STF, a proibição, pura e simples, da liberdade provisória, no cenário do Estatuto do*

129 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1038925. Brasília, 2017. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861472959/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-1038925-sp. Acesso em: jun. 2023.

130 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hc nº 86703. Brasília, 2005. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762583/habeas-corpus-hc-86703-es/inteiro-teor-100478746. Acesso em: jun. 2023.



Scanned with CamScanner

É uma questão de tempo para os entendimentos jurisprudenciais irem derrubando estas vedações, mesmos que instituídas por leis ordinárias, pois deve ser mantido o privilégio aos princípios constitucionais, enaltecendo principalmente o princípio da Presunção de Inocência.

## 6.1 Inocorrência da Subsidiariedade da Prisão

Das alterações feitas pelo Pacote Anticrime, ressalta-se o art. 282, §§ 4° e 6° do CPP, que passaram a ter a seguinte redação:

> *Art. 282. [...]*
>
> *§ 4° - No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.*
>
> *§ 6° - 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.*

Com a mudança, o CPP, além de trazer a possibilidade de alteração da medida coercitiva cautelar, também passou a trazer a subsidiariedade da prisão preventiva no § 6°. Pode-se compreender tal

131 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



Scanned with CamScanner

mecanismo da seguinte forma:

> *A relação de subsidiariedade se verifica entre duas normas penais incriminadoras que punem fases distintas de ofensa a um mesmo bem jurídico. Assim, a norma subsidiária é aquela que se volta contra um estágio preliminar da ofensa, enquanto a norma principal tem por pressuposto fático uma fase posterior de ataque, que representa uma ofensa mais grave.* [132]

As medidas cautelares, sejam as diversas da prisão ou a prisão cautelar, são aplicáveis ao mesmo crime, todavia, a subsidiariedade entre elas está na necessidade. As não encarceradoras previstas no art. 319, do CPP serão aplicadas individual ou cumulativamente, já a segregação somente como *ultima ratio*.

Desta feita, não havendo necessidade extrema do julgador em decretar a prisão preventiva, aplicam-se as medidas cautelares diversas da prisão, estas cumprem a fase "preliminar" da instrução criminal, fazendo com que o indiciado receba uma punição diferente do cárcere, mantendo-o vinculado ao Estado. Contudo, com o seu descumprimento, poderá o juiz alterar a medida cautelar diversa, somando-a com outra ou decretando a preventiva. [133]

Contudo, havia uma certa discrepância na aplicação, e diante disso o legislador trouxe novamente, com a redação do § 6°, a sua máxima excepcionalidade na aplicação, o que vem sendo amplamente arguido nos tribunais.

Recentemente, o TJSC decidiu que "[...] o art. 282, § 4°, do Código de Processo Penal voltou a consagrar a máxima

132 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

133 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



Scanned with CamScanner

excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva, de modo a exigir que seja avaliada a suficiência da substituição ou cumulação de outras cautelares". [134]

A prisão preventiva traz a ideia de excepcionalidade muito antes das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, e por isso é possível verificar nos entendimentos jurisprudenciais anteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 que a subsidiariedade já era tema arguido e defendido pelos tribunais superiores, uma vez que a CF a apresenta como princípio e garantia.

Nesta toada, com a nova redação do art. 282, § 6º do CPP ficou amplamente evidenciado também a excepcionalidade da decretação da prisão preventiva, devendo ser utilizada somente para últimos fins quando nenhuma das medidas cautelares diversas suprirem sua falta. Não havendo este respeito por parte do julgador a decisão poderá ser rebatida com o fim de buscar a ilegalidade da segregação cautelar, uma vez que não foi utilizada como *ultima ratio*.

## 6.2 Inocorrência do Controle Judicial por meio de decisão fundamentada: Prisão *ex lege*

A prisão *ex lege* é popularmente conhecida no âmbito jurídico como um tipo de prisão imposta por força de lei, onde legalmente há previsão da impossibilidade de liberdade provisória, com ou sem fiança. [135]

Contudo, o CPP continha uma modalidade de prisão *ex lege* em seu art. 295, todavia, a medida foi revogada. A partir disso, até 2019 não havia mais previsão de prisão *ex lege*, somente em leis esparsas,

134 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5014451-33.2022.8.24.0000. TJSC, 2022. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1482510481/habeas-corpus-hc-733186-sc-2022-0095250-0.Acesso em: jun. 2023.

135 GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por prisão ex lege. São Paulo: Jusbrasil, 2011. Disponível em: https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121925358/o-que-se-entende-por-prisao-ex-lege/. Acesso em: jun. 2023.



Scanned with CamScanner

como por exemplo a Lei nº 11.343/2006, que prevê em seu art. 44 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, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos". [136]

Com a mudança feita pelo Pacote Anticrime no § 2º do art. 310 do CPP, passou-se a prever a possibilidade de prisão *ex lege*. Todavia, esta previsão já perfazia em outras legislações, como na Lei de crimes hediondos, porém foram derrubadas pela Corte Constitucional por confrontar garantias constitucionais.

A prisão preventiva se torna obrigatória, não abrindo espaço para a análise do julgador para impor medidas diversas da prisão, além prever expressamente a vedação na Lei nº 11.464/2007. Com isso, é necessário analisar os entendimentos jurisprudenciais diante do tema antes e após a Lei Anticrime vigorar. Em 2011, o TJMS entendeu que "[...] a vedação 'ex lege' de concessão de liberdade provisória não tem lugar no regime constitucional vigente". [137]

No mesmo sentido, em 2019 o TJSC decidiu que, consoante decidido pelo STF em sede de repercussão geral, "[...] é inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal". [138]

136 BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de junho 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, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm.Acesso em: jun. 2023.

137 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso em Sentido Estrito nº 2220829-26.2010.8.13.0024. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1329987952/rec-em-sentido-estrito-10024210454195001-belo-horizonte. Acesso em: jun. 2023.

138 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0013176-32.2013.8.24.0039. Florianópolis, 2019. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220215839/apelacao-criminal-apr-50010149820208240 256-tribunal-de-justica-de-santa-catarina-5001014-9820208240256/inteiro-teor-1220215893. Acesso em: jun. 2023.



Scanned with CamScanner

Por fim, no STJ, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro decidiu que:

> *No caso, o decreto de prisão preventiva é genérico, nele não havendo nenhuma menção a fatos que justifiquem a imposição da prisão cautelar. Carece, portanto, de fundamentação concreta, pois se limita a invocar a gravidade abstrata da conduta atribuída ao agente, elemento ínsito ao tipo penal em tela e insuficiente para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, sob pena de se autorizar odiosa custódia ex lege.* [139]

Desta feita, observa-se que é decisão firmada nos diversos tribunais superiores a não admissão da prisão *ex lege*, considerada inconstitucional e uma afronta à CF. Portanto, com as condições impostas pelo legislador no art. 310, § 2° do CPP, tira-se do julgador o poder de usar outras ferramentas também impostas pelo CPP, como a utilização de medidas cautelares diversas da prisão, dando a ele a prerrogativa apenas de decretar a medida encarceradora e fundamentá-la em tal dispositivo.

Todavia, cada caso é um caso, pois se o julgador seguir à risca o que o legislador impõe, um integrante de organização criminosa com bons antecedentes e que, a priori, não apresente risco para a instrução criminal, será levado ao cárcere. Contudo, um estuprador, um homicida ou um assaltante que porventura cumpram os requisitos para admissão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas, poderá responder em liberdade porque, em tese, são menos perigosos. Eis uma bela bifurcação legislativa.

---

139 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 153891. Brasília, 2021. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1281096955/recurso-em-habeas-corpus-rhc-153891-rs-2021-0294572-0/decisao-monocratica-1281096973. Acesso em: jun. 2023.



Scanned with CamScanner

Ainda não foi firmado decisão no STJ e no STF com relação direta ao art. 310, § 2° do CPP, uma vez que sua alteração é recente e sua aplicação vem se moldando nas decisões judiciais. Apesar disso, traz um tema considerado odioso e totalmente repugnado por confrontar os direitos constitucionais, o que nos leva a crer que muito em breve teremos um posicionamento da Corte Constitucional, inclusive para apaziguar os entendimentos doutrinários, que é onde mora grande parte das atuais discussões.

## 5. Conclusão

A partir da análise da Lei nº 13964/2019 e da adoção de política criminal repressionista, verificou-se que a Lei outrora citada trouxe para o caderno processual várias mudanças, entre elas a volta da prisão *ex lege*, disposta no art. 310, § 2° do CPP.

Assim, verificou-se que a prisão processual, principalmente a prisão preventiva, é medida de caráter extremo, subsidiária, utilizada somente como *ultima ratio*, e sua finalidade é assegurar a efetividade processual. Este assunto já se faz amplamente pacificado na doutrina e jurisprudência, não sendo aceito de forma alguma a banalização deste instrumento considerado medida odiosa dentre as demais medidas coercitivas.

Ainda, verificou-se que, para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível a presença do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, bem como dos requisitos de prova da existência do crime (materialidade e indícios suficientes de autoria), além de uma das situações descritas no art. 312 do CPP.

Por fim, tem-se que a Lei Anticrime vedou de forma expressa a concessão de liberdade provisória nos casos descritos no art. 310, § 2° do CPP. O art. 315, § 1º do mesmo Código dispõe que a decisão



Scanned with CamScanner

que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva precisa estar devidamente fundamentada, requisito que também é colocado pela nossa Carta Magna, quando prescreve no art. 5°, LXI, que ninguém será levado à prisão sem ordem judicial escrita.

Diante do que dispõe o art. 310, § 2° do CPP, o legislador já induziu o ato judicial e, neste caso, a fundamentação da prisão preventiva ocorrerá na reincidência do agente ou quando este integra organização criminosa armada ou milícia, ou ainda que porte arma de fogo de uso restrito. O ato judicial já está definido pela própria lei, obrigando o julgador a deixar alguns requisitos de fundamentação que em outros casos são obrigatórios.

A linha entre a decretação da prisão preventiva e as garantias constitucionais exige alta observação técnica, pois uma análise não satisfatória pode causar a perda da liberdade de alguém. O STF é guardião da Constituição, ou seja, tem como obrigação resguardar os direitos e garantias constitucionais, todavia, a política criminal manifestada pela Suprema Corte é pela aplicação da regra, ou seja, da liberdade do agente. Neste ínterim, percebe-se que a política criminal proferida pelo STF confronta com nosso sistema processual, demonstrando que tão logo teremos uma posição da Suprema Corte diante da temática trazida pelo Pacote Anticrime.

Sendo assim, todas as discussões conduzem para uma possível inconstitucionalidade da Lei processual que veda a concessão da liberdade provisória no que tange ao disposto no art. 310, § 2° do CPP, pois o legislador vedou qualquer possibilidade de o julgador tentar utilizar a prisão preventiva como *ultima ratio*, colocando-a como regra.



Scanned with CamScanner