

Marra: A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do CPP

O §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal proíbe a concessão de liberdades provisórias em casos de prisões em flagrante envolvendo: 1) agente reincidente; 2) agente integrante de organização criminosa ou de fogo de uso restrito.



É ver a redação do referido dispositivo: "*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".

Esse dispositivo, que foi criado pela Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote "anticrime", tão logo foi publicado atraiu a atenção de parcela da doutrina e dos operadores do Direito, que passaram a sustentar sua inconstitucionalidade com base especialmente nos precedentes fixados pelo Supremo Tribunal Federal — STF nos autos do Habeas Corpus nº 104.339/SP e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3137.

De fato, o dispositivo, da forma como está redigido, é mesmo inconstitucional.

Entretanto, essa inconstitucionalidade não decorre da simples subsunção do §2º do artigo 310 do CPP à *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos precedentes firmados no HC de nº 104.339/SP e na ADI de nº 3137.

Isso porque o que o STF considerou inconstitucional nos precedentes acima foi a previsão legal que, com base na gravidade abstrata do delito, obriga a manutenção da prisão cautelar dos flagranteados.

Afinal, os dois dispositivos que foram analisados pela Suprema Corte nessas duas ocasiões (artigo 21 da Lei nº 10.826/03 e artigo 44 da Lei nº 11.343/06) previam a proibição da concessão de liberdade provisória (e, consequentemente, a obrigatoriedade da conversão do flagrante em prisão preventiva) em razão da gravidade abstrata (ou seja, sem considerar as especificidades do caso concreto) de determinados crimes.



E como foi sobre esses artigos que os ministros se debruçaram, os precedentes firmados pela Suprema Corte somente podem ser interpretados e aplicados para situações similares, sob pena de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal um entendimento acerca de determinada matéria sobre a qual ele ainda não se debruçou, qual seja a possibilidade de o legislador trazer circunstâncias concretas a respeito do fato para proibir a concessão de liberdade provisória.

Assim, a força dos precedentes (seja vinculante ou persuasiva) deve recair sobre o que os ministros efetivamente analisaram, de modo que somente se pode sustentar que eles, ao proibirem a obrigatoriedade da prisão *ex lege* naquelas ocasiões, estavam se referindo ao que eles efetivamente analisaram: dispositivos que proibiam a concessão de liberdade provisória com base na gravidade abstrata dos delitos.

Dizer que eles consideraram inconstitucional toda e qualquer obrigatoriedade da prisão *ex lege* é sustentar que eles disseram mais do que efetivamente disseram. O fato é que, sobre esse ponto, eles não se debruçaram ainda, de modo que não podemos engessar a criação legislativa. O debate quanto à proibição de concessão de liberdade provisória *ex lege* com base em elementos concretos do fato ainda está em aberto.

E, analisando a redação do novo §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal (objeto deste estudo) à luz dos precedentes firmados pelo STF no HC de nº 104.339/SP e na ADI de nº 3137, nota-se que, das três situações em que ele proíbe a concessão de liberdade provisória, apenas duas realmente são inconstitucionais por se basearem na gravidade abstrata dos delitos (autuado integrante de organização criminosa armada ou de milícia e autuado flagrado portando arma de fogo de uso restrito).

Quanto a essas duas hipóteses, a *ratio decidendi* dos precedentes da Suprema Corte é perfeitamente aplicável, de modo que a proibição *ex lege* da concessão de liberdade provisória nesses casos é inconstitucional por se basear na gravidade abstrata dos delitos.

Todavia, uma das hipóteses (autuado reincidente) parte de elemento concreto do caso (afinal, não é todo crime que é praticado por agente reincidente) e, assim sendo, não se subsume à normatividade estabelecida pelo STF nos precedentes firmados no HC de nº 104.339/SP e na ADI de nº 3137.

E o fato é que, como bem destacado pelo eminente ministro Gilmar Mendes durante o julgamento da ADI 3137, ao interpretar o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, o Constituinte atribuiu ao legislador infraconstitucional a conformação normativa do instituto da liberdade provisória. É ver as palavras do ministro:

"O artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição, prescreve que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória'.

Assim, a liberdade provisória, caráter de uma medida cautelar prevista no texto constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador.

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

(...)
Eu havia anotado a respeito desse dispositivo; mencionei o art. 5º, inciso LXVI, e ressaltei que a liberdade provisória é de caráter de uma medida cautelar prevista no Texto Constitucional, cuja conformação substancial é deferida ao legislador. Tal como decorre da sistemática constitucional, esse poder conformador há de ser exercido tendo em vista os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade". (grifos do autor)

Ou seja, o constituinte não impôs expressamente nenhuma limitação ao legislador infraconstitucional quanto ao instituto da liberdade provisória.

Na verdade, ele, ao utilizar a expressão "*quando a lei admitir a liberdade provisória*" na redação do inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, deixa claro que o legislador pode, sim, em determinadas situações, inadmitir (ou seja, proibir) a concessão de liberdade provisória.

Dizer que a proibição *ex lege* de concessão de liberdade provisória é sempre inconstitucional seria, portanto, declarar inconstitucionalidade da própria parte final do inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, que é norma originária da Constituição e, assim sendo, necessariamente constitucional (ADI 815/DF).

O que se deve fazer, portanto, é dar uma interpretação conforme à unidade da Constituição ao inciso LXVI do artigo 5º da Constituição. E essa interpretação adequada não é proibir o legislador de prever hipóteses de liberdade provisória proibida, mas, sim, encontrar parâmetros para que essa proibição seja constitucional.

Afinal, se o legislador optar por utilizar essa sua prerrogativa de proibir a concessão de liberdade provisória em determinado(s) caso(s), deve levar em conta "*os princípios constitucionais que balizam os direitos fundamentais e o próprio direito de liberdade*", nas palavras do ministro Gilmar Mendes.

E se o legislador, no enunciado normativo que proibir a concessão da liberdade provisória, inserir na hipótese de incidência da norma fatos que tornam o crime concretamente grave, essa proibição, na nossa ótica, será constitucional.

Por exemplo, se o legislador proibisse a concessão de liberdade provisória a autuado reincidente por crimes com pena máxima superior a quatro anos que, nos autos do flagrante, seja suspeito de liderar uma organização criminosa armada, também estaria valendo-se de elementos concretos do fato e, portanto, a proibição *ex lege* seria constitucional.

O que o legislador não pode fazer é valer-se de gravidade abstrata do delito para proibir a concessão de liberdades provisórias, como fez no atual §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal em relação aos autuados integrantes de organização criminosa armada ou de milícia e flagrados portando arma de fogo de uso restrito.



Ora, o autuado integrante de organização criminosa armada pode integrar essa organização e não ter uma função relevante dentro da organização; o autuado flagrado portando arma de fogo de uso restrito pode ter praticado um fato isolado em sua vida, sem violência à pessoa.

Diferente seria se o legislador tivesse obrigado a prisão preventiva de pessoa presa em flagrante suspeita de liderar (e não meramente integrar) uma organização criminosa armada suspeita, suponhamos, de praticar vários homicídios. Aí, sim, o legislador estaria utilizando-se de um elemento concreto do fato: ser o autuado líder da organização.

Igualmente, diferente seria se o legislador tivesse obrigado a prisão preventiva de autuado preso portando arma de fogo de uso restrito e com condenação definitiva anterior por crime grave (com pena máxima superior a quatro anos, por exemplo) com utilização de armas. Mais uma vez, ele estaria se utilizando de elementos concretos do fato e, portanto, com base na atribuição que lhe foi transferida pelo Constituinte no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição, ele estaria criando norma absolutamente constitucional.

Todavia, no §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal, o legislador cometeu o mesmo equívoco dos artigos 21 da Lei nº 10.826/03 e 44 da Lei nº 11.343/06: proibiu a concessão da liberdade provisória com base na mera gravidade abstrata dos delitos, de modo que, quanto a esses pontos, o dispositivo é inconstitucional por violar o direito fundamental à presunção de inocência (inciso LVII do artigo 5º da Constituição), da necessidade de fundamentação das decisões que impõem prisão ao indivíduo (inciso LXI do artigo 5º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade, cuja matriz constitucional consiste no direito fundamental ao devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da Constituição).

Diferente é a parte do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal que proíbe a concessão da liberdade provisória para autuados reincidentes.

Isso porque a reincidência é um elemento do fato concreto e, por isso, a inconstitucionalidade desse artigo não se dá pelas mesmas razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir nos precedentes acima mencionados.

Entretanto, ainda assim é inconstitucional, mas por violar o devido processo legal, em sua dimensão material (ou devido processo legal substancial).

Como se sabe, o devido processo legal substancial é a matriz constitucional do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que, nas palavras do ministro Gilmar Mendes, *"atua como decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável"*.

Ao proibir a concessão da liberdade provisória a autuados meramente reincidentes, o legislador acaba por abarcar situações em que a decretação da prisão preventiva mostra-se completamente irrazoável e despropositada.



Basta imaginar um autuado que possui duas condenações definitivas por contravenções penais de baixíssima gravidade. Tecnicamente, tratar-se-á de autuado reincidente. Entretanto, a decretação de sua prisão preventiva, apenas por conta dessa reincidência, mostra-se descabida e uma interferência excessiva em sua liberdade de locomoção (violando com isso o princípio da proporcionalidade e razoabilidade).

Assim, o equívoco do legislador quanto à proibição de concessão de liberdade provisória a autuados reincidentes não se dá pela proibição *ex lege* dessa concessão. Isso, como visto acima, ele pode fazer.

O equívoco do legislador, embora tenha utilizado de um elemento concreto do fato (reincidência), foi utilizar um elemento que abrange um leque enorme de possíveis situações, sendo que nem todas ostentam gravidade concreta suficiente para tornar razoável e proporcional a decretação de uma prisão preventiva.

Assim, por violação ao devido processo legal substancial, a parte do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal que proíbe a concessão de liberdade provisória a autuados reincidentes também é inconstitucional.

Em suma, embora esse dispositivo realmente seja integralmente inconstitucional, as razões dessa inconstitucionalidade variam de acordo com as hipóteses nele previstas: 1) a proibição de concessão de liberdade provisória a autuados integrantes de organização criminosa armada ou de milícia e a autuados flagrados portando arma de fogo de uso restrito é inconstitucional por se basear na gravidade abstrata dos delitos; 2) já a proibição de concessão de liberdade provisória a autuados reincidentes é inconstitucional por violar o devido processo legal na sua dimensão material.

Por fim, vale destacar que essa diferenciação entre inconstitucionalidade por proibir a liberdade provisória com base na gravidade abstrata do delito (autuado que integra organização criminosa armada ou milícia) e por violar o devido processo legal substancial (autuado reincidente) não é uma mera reflexão acadêmica. Ela possui relevante interesse prático, pois o Poder Legislativo realmente não pode se basear na gravidade abstrata de um delito para inadmitir a concessão de liberdade provisória. Entretanto, essa proibição pode, sim, ser imposta pelo Poder Legislativo, desde que ela: 1) se baseie em elementos concretos do fato (como, por exemplo, a reincidência de crimes graves ou ser o autuado líder de uma organização criminosa armada); e 2) não viole o devido processo legal na sua dimensão material.

Date Created

06/10/2020