Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v1, 2022/01
ISSN 2178-6925

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES QUE ENVOLVEM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PROVISIONAL PROVISIONAL LIBERTY PROVISION IN CRIMES INVOLVING ARMED CRIMINAL ORGANIZATION

CARLOS ALBERTO BIRRO JUNIOR

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG, Brasil.

E-mail: juniorbirro@hotmail.com.br

JUDÁ BENHUR PINHEIRO LISBOA

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG, Brasil.

E-mail: juda_lisboa@hotmail.com

ERICA OLIVEIRA SANTOS GONÇALVES

Advogada, Especialista em Direito Processual, Professora de Direito Penal e Processual Penal do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni/MG, Brasil.

E-mail: erica.almenara@gmail.com

Recebido 10/12/2021 - Aceito 01/02/2022

Resumo

O presente artigo possui como escopo abordar a inconstitucionalidade da vedação do artigo 310, § 2º do Código de Processo Penal, uma vez que com base nos princípios constitucionais a vedação da liberdade provisória acarretaria em prejuízos irreparáveis para o acusado, dentro do devido processo

legal. Assim, essa revisão bibliográfica tem como intuito elucidar sobre o que é liberdade provisória, abordar princípio da presunção da inocência, devido processo legal e individualização da pena, uma vez que a vedação da liberdade provisória constitui em um verdadeiro atentado a esses princípios, bem como elencar decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal que decidiram pela inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória em decisões anteriores. Para tanto, foi realizada uma busca na base de dados do Google acadêmico e algumas leis do ordenamento jurídico brasileiro, tais como Código Penal, Código de Processo Penal, bem como decisões do STF. Ao final, concluiu-se pela inconstitucionalidade do art. 310, § 2º do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Liberdade provisória. Vedação. Inconstitucionalidade.

Abstract

A The scope of this article is to address the unconstitutionality of the prohibition of article 310, paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure, since, based on constitutional principles, the prohibition of provisional freedom would result in irreparable damage to the accused, within due legal process. Thus, this literature review aims to elucidate what is provisional freedom, address the principle of the presumption of innocence, due legal process and individualization of the penalty, since the prohibition of provisional freedom constitutes a real attack on these principles, as well as list previous decisions of the Federal Supreme Court that ruled for the unconstitutionality of the prohibition of provisional liberty in previous decisions. To do so, a search was carried out in the academic Google database and some laws of the Brazilian legal system, such as the Penal Code, Criminal Procedure Code, as well as STF decisions. In the end, it was concluded that art. 310, § 2 of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: Provisional release. Seal. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade provisória é um importante instituto do direito processual penal, pois é concedido ao réu, preso em flagrante, que não necessita ficar preso, por ser considerado inocente, uma vez que ainda não há trânsito em julgado, devendo ser liberado, desde que cumpridas algumas condições. Logo, a sua vedação de forma arbitrária acarretaria em inúmeros prejuízos ao réu.

O trabalho em questão aborda a vedação da liberdade provisória trazida pela nova da Lei nº 13.964/19, Pacote Anticrime, que incluiu o art. 310 § 2º no Código de Processo Penal, “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."

Em que pese a inserção do novo dispositivo legal no Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal já entendeu inconstitucional duas situações anteriores que vedavam a liberdade provisória, a saber: nos crimes de tráfico (art. 44 da Lei

11343/06) e no caso dos crimes de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma e tráfico internacional de arma (art. 21 da Lei nº 10826/03).

Os fundamentos das decisões do STF basearam-se de acordo com o devido processo legal, presunção de inocência e individualização da pena, uma vez que nenhuma lei pode genericamente tirar do juiz a análise das peculiaridades do caso concreto. Além dos princípios, a decisão genérica viola o dever de fundamentação (art. 93, IX, da CF) já que a liberdade é a regra e a prisão preventiva tem que estar fundamentada nas situações do artigo 312 do CPP, além de não servir para antecipar a pena.

Desta forma, se um indivíduo for considerado culpado, deverá cumprir a pena somente após o devido processo legal. Com base nas decisões anteriores, nota-se que a tendência é que o STF decida mais uma vez pela inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória.

2 PRINCÍPIOS

2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, a saber: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Da leitura do artigo em tela, percebe-se que o Estado deve agir de acordo com um procedimento previamente estabelecido em lei, devendo ser assegurados todos os direitos inerentes ao homem, tais como o contraditório e a ampla defesa que são desdobramentos do devido processo legal (ESTEFAM, 2018).

Ademais, a materialização do processo legal se evidencia por meio do tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); através da publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); em relação a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF); no que se refere a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF); no que tange a motivação das decisões (art. 93, IX, CF); e, em relação a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), o que demonstra sua complexidade.

Em relação ao contraditório, que é o direito de resposta do acusado, ressalta-se a Súmula Vinculante nº 3 do STF:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão

No que tange a ampla defesa, trata-se da garantia ao indivíduo de se defender em todas as fases do processe. Nesse sentido, é o entendimento da Súmula Vinculante nº 14 do STF:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Ademais, outros princípios merecem destaque, pois foram utilizados como fundamentos da inconstitucionalidade de outras decisões anteriores que vedavam a liberdade provisória nos crimes de tráfico (art. 44 da Lei 11343/06) e no caso de arma de fogo de uso restrito (art. 21 da Lei nº 10826/03), que são o princípio da presunção da inocência e o princípio da individualização da pena.

2.1 Princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência ou princípio da culpabilidade, também possui previsão constitucional, no art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

De acordo com Estefam (2018), este princípio tem três dimensões: a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; a proibição de aplicação da pena sem culpabilidade; e, a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato.

Além disso, exitem princípios que são decorrentes do princípio em tela. O primeiro deles, é o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, que está previsto no art. 5º, XL, da CF: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Vale dizer, que este princípio também está previsto no art. 2º do Código Penal.

Outro princípio que advém da presunção da inocência é o princípio da bagatela ou insignificância, que dispõe que o Direito Penal deve se ater a normas relevantes, sendo que as lesões insignificantes são penalmente irrelevantes. Todavia, o princípio da insignificância não é absoluto, como é o caso da Súmula 589 do STJ: "É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas" (ESTEFAM, 2018).

Da mesma forma, outros princípios decorrem da presunção da inocência como o princípio da alteridade, que não se pune a autolesão; princípio da ofensividade, não há crime sem lesão ou ameaça efetiva ao bem jurídico tutelado; princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos; princípio da intervenção mínima, dentre outros (ESTEFAM, 2018).

2.3 Princípio da individualização da pena

A individualização da pena, pode ser dividida em fases. A primeira delas, está prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, XLVI:

> A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

A cominação da pena, segunda fase, trata-se da atribuição de uma pena ao crime, de acordo com a lesividade ao bem jurídico protegido (GRECO, 2020).

A terceira fase, que compreende a aplicação da pena, possui previsão no art. 59 do Código Penal:

> O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdad aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Vale ressaltar que as circustâncias judiciais devem ser fixadas de acordo com o critério trifásico adotado pelo art. 68 do CP, ou seja, circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição de pena.

No tocante a individualização da pena, o STF decidiu no julgamento do HC 82.959, que o cumprimento da pena integralmente do regime fechado viola a Constituição Federal, bem como no julgamento do HC C 111.840, que se declarou, a norma do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 inconstitucional, por ofensa ao presente princípio (ESTEFAM, 2018).

3 LIBERDADE PROVISÓRIA

De acordo com o art. 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal, "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". No mesmo sentido, estipula o art. 5.º, LXV, que "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" e, ainda, "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5.º, LXVIII, CF). Da leitura dos artigos, percebe-se que a regra é que o agente responda o processo em liberdade, e a exceção é a prisão.

No que tange ao conceito, a liberdade provisória é o remédio concedido ao réu, preso em flagrante, que não necessita ficar preso, por ser considerado inocente, uma vez que ainda não há trânsito em julgado, devendo ser liberado, desde que cumpridas algumas condições. Ademais, dá-se a liberdade provisória com ou sem fiança (NUCCI, 2020).

No Código de Processo Penal, a liberdade provisória está prevista no art. 321:

> Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código (BRASIL, 1941).

Ademais, o art. 310 do mesmo instituto legal dispõe que, após a ocorrência do flagrante, o juiz possui um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a realização da audiência de custódia, devendo, decidir pelo relaxamento da prisão, quando ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando as medidas cautelares diversas da prisão forem insuficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

Assim, o réu tem o direito de aguardar o seu julgamento em liberdade, o que demonstra uma estreita ligação com o princípio da presunção da inocência.

Como visto, a liberdade provisório pode se dar por meio da fiança. O art. 325 do CPP, dispõe:

> O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. § 1o Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes (BRASIL, 1941).

No mesmo sentido, o art. 326 do CPP dispõe que a autoridade terá que considerar a natureza da infração, as condições pessoais (financeiras) e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento (BRASIL, 1941).

Logo, se o réu não possuir condições de arcar com a fiança, será considerado pobre e o magistrado poderá conceder a liberdade provisória sem fiança (NUCCI, 2020).

Em contrapartida, o art. 323 do CPC traz os casos em que não será concedida fiança, a saber: nos crimes de racismo; nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; e, nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1941).

Como viso, o legislador também dispõe acerca da liberdade provisória sem fiança. De acordo com Nucci (2020), são três:

> Quando o juiz verificar, lendo o auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato escudado por qualquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal), conforme dispõe o art. 310, § 1.º, do CPP. Falta, nesse caso, para a sustentação da medida cautelar, o fumus boni juris. A única possibilidade de segurar o indiciado preso é não acreditar na versão de qualquer excludente de ilicitude; quando o magistrado verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva (art. 310, III, CPP)

> e não for cabível a fiança. Não há, nesse caso, periculum in mora. A medida cautelar, que foi a lavratura do flagrante, não mais se justifica, uma vez que seu contraponto, a preventiva, não preenche seus requisitos; quando o réu for pobre e não puder arcar com o valor da fiança (art. 350, CPP). Não seria mesmo justo que o rico fosse beneficiado pela liberdade provisória e o pobre ficasse preso, unicamente por não dispor de recursos para custear a fiança. Estarão, nesse caso, sempre presentes as condições fixadas nos arts. 327 (comparecimento a todos os atos e termos do processo ou inquérito) e 328 (mudança de residência, sem prévia autorização ou ausência da residência por mais de oito dias, sem fornecer o paradeiro) (NUCCI, 2020).

Observa-se que, em regra, o indivíduo deverá responder em liberdade. Contudo, com advento da Lei nº 13.964, ocorreu uma alteração no artigo 310 do Código de Processo Penal, que através do seu § 2º incluiu novos critérios para a denegação da concessão da liberdade provisória, objeto de estudo do presente artigo (BRASIL, 1941).

3 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/19 AO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A Lei nº 13.964/19, Pacote Anticrime, modificou significativamente o art. 310 do Código de Processo Penal, que trata da liberdade provisória, *in verbis*:

> 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: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; 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 arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata

decretação de prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Da leitura do artigo nota-se que o *caput* aborda a audiência de custódia, que audiência de custódia, que, de acordo com Nucci (2020), trata-se do ato processual em que, dentro das 24 horas da prisão em flagrante, o preso deverá ser apresentado ao juiz, juntamente com seu defensor, oportunidade em que a autoridade judicial irá analisar se vai manter a prisão, convertê-la em preventiva ou relaxá-la se for ilegal.

No geral, a lei anticrime realizou uma reestruturação no artigo, mas não houve mudanças consideráveis, com exceção do segundo parágrafo, que trata da liberdade provisória, nos casos em que o agente for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia, ou portar arma de fogo de uso restrito hipótese em que deverá ser denegada, com ou sem medidas cautelares, o que acarretaria em diversas consequências na prática (BRASIL, 1941).

Como o Supremo Tribunal Federal já entendeu inconstitucional duas situações anteriores que vedavam a liberdade provisória nos crimes de tráfico (art. 44 da Lei 11343/06) e no caso de arma de fogo de uso restrito (art. 21 da Lei nº 10826/03), com base no devido processo legal, presunção de inocência e individualização da pena, o STF deve decidir, por tendência, pela inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 310 do CPP.

Além da fundamentação principiológica, vale dizer também que a decisão genérica viola o dever de fundamentação (art. 93, IX, da CF) já que a liberdade é a regra e a prisão preventiva tem que estar fundamentada nas situações do artigo 312 do CPP, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, lembrando ainda que a prisão preventiva não serve para antecipar a pena.

Assim, a principal modificação trazida pelo Pacote Anticrime vem causando um verdadeiro alvoroço entre estudiosos e doutrinadores do Direito, pois a doutrina majoritária a considera uma afronta à Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é preciso analisar os entendimentos jurisprudenciais sobre a inconstitucionalidade do art. 310, § 2º, do CPP.

4 PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE A

INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA

Como visto, o Supremo Tribunal Federal já entendeu inconstitucional duas situações anteriores que vedavam a liberdade provisória. A primeira delas trata-se da ADI 3112, que refere-se a decisão em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que ocorreu no ano de 2007, que declarou inconstitucional o artigo 21 do Estatuto do Desarmamento, Lei nº10.816/03.

O art. 21, Lei nº10.816/03, *in verbis* "os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória", ou seja, crime de posse ou porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal de arma de e tráfico internacional de arma (BRASIL, 2003).

A ementa da decisão, dispõe:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. 46 INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inocorrente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se 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. 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. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. (STF - ADI: 3112 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386)

No mesmo sentido, o STF impetrou o Habeas Corpus nº 104.339/SP, a processo de parte acusada pela Lei de Drogas, que foi julgado parcialmente procedente, dando ao agente o direito de responder em liberdade.

A Lei 11.343/06, dispõe 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” (BRASIL, 2006).

De acordo com a ementa do julgado:

> Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06- 12-2012)

Assim, parte do artigo 44 foi declarado inconstitucional pelo STF, além de demonstrar que a não concessão da liberdade provisória deve se ater aos requisitos do art. 312 do CPP.

Tendo em vista as decisões prolatadas, a tendência da Suprema Corte é decidir novamente pela inconstitucionalidade do art. 310, § 2º, do CPP, a fim de cumprir os princípios constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Por meio do conteúdo apresentado, concluiu-se que o debate acerda da (in)constitucionalidade da vedação da liberdade provisória envolve diversos princípios constitucionais. Assim, o legislador infraconstitucional deve respeitar acima de tudo a cláusula pétrea. Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Logo, a vedação trazida pelo artigo 310, § 2º do Código de Processo Penal, acarretou em diversos debates acerca de sua inconstitucionalidade, pois além de ferir os preceitos constitucionais, a Suprema Corte já decidiu sobre a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória em decisões anteriores.

Assim, entende-se que o objetivo proposto no presente artigo foi alcançado, pois por meio de minuciosas buscas na legislação brasileira e entendimentos jurisprudenciais, evidenciou-se a incompatibilidade do artigo em questão. No entanto, até o presente momento não houve decisão pacífica do tema, fazendo-se necessário aguardar novos posicionamentos do judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. **Decreto nº 9.845, de 25 de junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jun. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9845.htm>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso

em: 05/11/21.

BRASIL**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal**). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, Distrito Federal**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 02 de maio de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em: 05/11/21.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.339, São Paulo**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 10 de maio de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>. Acesso em: 05/11/21.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. 2018. Disponível em: < https://acljur.org.br/wp-

content/uploads/2018/07/Direito-Penal-Parte-Geral-Volume-1-Andr%C3%A9-Estefam-2018.pdf>. Acesso em: 05/11/21.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 2020. Disponível em: < file:///C:/Users/Defensor/Downloads/DIREITO_PENAL_PARTE_GERAL_ROGERIO_GRECO.pdf>. Acesso em: 05/11/21.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 2020. Disponível em: < https://drive.google.com/file/d/1TrhZ-2Qvlx2DqfqkYfSx8fj0qGgpheA6/view>. Acesso em: 05/11/21.