



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, § 2º, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL
VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

ORIENTANDA: LARISSA DE OLIVEIRA SOUZA
ORIENTADORA: PROFESSORA Ma. LARISSA MACHADO ELIAS

GOIÂNIA-GO
2021

LARISSA DE OLIVEIRA SOUZA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, § 2º, DO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL**
VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GOIÁS).
Prof. (a) Orientadora: Ma. Larissa Machado Elias

GOIÂNIA-GO
2021

LARISSA DE OLIVEIRA SOUZA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, § 2º, DO CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL**

VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): Ma. Larissa Machado Elias Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo Nota

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, § 2º, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL
VEDAÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Larissa de Oliveira Souza¹

No presente artigo científico analisou-se a constitucionalidade da vedação de concessão de liberdade provisória nos crimes elencados no §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal, com enfoque especial em uma das previsões constantes no artigo, do crime de organização criminosa armada. Observou-se que apesar de existir a separação entre os três poderes federativos, há por vezes, inequívoco deslize do legislador ao editar normas inovadoras que posteriormente são revogadas ou declaradas inconstitucionais pelos outros poderes, por ferirem preceitos e princípios fundamentais. Para tanto, delineou-se os princípios garantidores do sistema penal brasileiro, analisando suas aplicações concretas e em confronto com a temática proposta. Apresentou-se o instituto da liberdade provisória suas espécies legais e suas hipóteses de cabimento. Passo seguinte abordou-se a questão da constitucionalidade ou não das inovações trazidas pela lei 13.964/2019 (pacote anticrime), mas precisamente no que diz respeito ao artigo 310 em seu segundo parágrafo, onde se puderam analisar pelo olhar do legislador, doutrinadores e magistrados, a legalidade de tal dispositivo. Com efeito, utilizou-se o método dedutivo, por meio de análise jurisprudencial, entendimentos doutrinários e decisões judiciais atinentes ao assunto.

Palavras-chave: Liberdade. Constitucionalidade. Inocência. Anticrime.

¹ Acadêmica do Curso de Direito PUC-Goiás.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, várias garantias e direitos individuais ganharam força no Brasil, um desses direitos é o instituto da liberdade provisória. Esse instituto é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito e de garantia de aplicação dos direitos fundamentais das pessoas.

No decorrer do tempo, porém, o direito à liberdade provisória passou por várias alterações que levaram esse instituto a um embate entre entendimentos do legislativo, aplicadores do direito e doutrinadores. De uma coisa os conflitos são pacíficos, a liberdade sempre será a regra sendo, portanto, a prisão exceção em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido a liberdade provisória é um balizador de prisões desnecessárias e arbitrárias.

Não obstante a liberdade seja a regra, muitos dispositivos legislativos ao longo dos anos vieram com a intenção de minimizar essa liberdade aos agentes criminosos de delitos específicos ou em condições específicas. Com hipóteses obrigatórias de cárcere, esses dispositivos legais mitigavam direitos e garantias bem como princípios constitucionais e internacionais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Com o surgimento de tais dispositivos, provocavam-se o poder judiciário, o legislativo, que logo se decidiam pela inconstitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória, revogando-os seja por sentenças judiciais, ou por atuação do próprio poder legiferante.

Apesar desse histórico, com a reforma processual trazida pelo pacote anticrime (lei 13.964/2019) no ano de 2019, o legislador retomou a vedação da concessão da liberdade provisória a situações expressas especificadas no parágrafo §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal, hipóteses em que a liberdade deve ser denegada pelo juiz. Manifestamente, essa alteração trouxe grandes questionamentos no mundo jurídico sobre sua constitucionalidade.

Considerado um tema atual e de bastante relevância, essa pesquisa objetiva abordar por meio de estudo de normas e princípios constitucionais, análise de doutrinas e leis relacionadas, se a vedação à concessão da liberdade provisória trazida pelo novo artigo 310 §2º do CPP é inconstitucional.

Utiliza-se o método dedutivo, originando da análise do instituto envolvido, da liberdade provisória, suas modalidades e aplicação, bem como as interpretações doutrinárias baseadas no Código de Processo Penal e na Carta Magna de 1988. Essa abordagem encontra-se dividida em três sessões.

Na primeira sessão, aborda-se os princípios garantidores da Constituição Federal que disciplinam o direito de liberdade e limitam as prisões cautelares, como a presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade e do devido processo legal. Explana-se o contexto histórico de cada um deles e sua aplicação no âmbito da temática proposta.

A segunda sessão trata do instituto da liberdade provisória, seu contexto histórico, definição doutrinária e suas espécies legais. Por fim na terceira sessão analisa-se a constitucionalidade do artigo 310 §2º do Código de Processo Penal, as previsões e hipóteses legais trazidas por esse artigo, bem como a análise da negação de concessão da liberdade provisória nas ocasiões elencadas- quando o agente é reincidente, integra organização armada ou milícia ou porta arma de fogo de uso restrito. Com enfoque na negação decorrente da prática de crime por organização criminosa.

2. DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES

Os princípios legais garantidores são para os operadores do direito e estudiosos das ciências jurídicas como uma bússola norteadora de suas atuações, seja no âmbito da defesa, acusação ou na função de julgar. Todos devem respeito e estrita observância aos princípios informadores, sob pena de agirem com ilegalidade e até incorrerem em abuso de autoridade.

Limitadores da atuação do *jus puniende* estatal, os princípios constitucionais da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade, do acesso à justiça, devido processo legal, são apenas alguns que por sua ampla ligação com a temática proposta da vedação de concessão da liberdade provisória, faz-se necessário sucinta explanação sobre cada um de maneira a elucidar a problemática a cerca do tema estudado.

2.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, dispõe que: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”; (BRASIL, 1988). O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. (LOPES JR. 2019, p.104).

Por esse princípio pode se inferir que a formação do convencimento do magistrado deve se dar pela estrutura acusatória em que o juiz é equidistante as partes, sem poderes investigatórios e de instrução probatória.

Vegas Torres (2003), afirma:

É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; [...] segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual); (VEGAS TORRES, 2003, p.35).

Assim, a presunção de inocência ou não culpabilidade, como parte da doutrina denomina, é uma garantia processual que assegura o estado de inocência ao investigado/acusado que ainda não teve seu processo julgado com sentença irrecorrível, devendo, portanto, ser tratado como inocente até que este estado se altere.

Desta feita, restringir a liberdade de um indivíduo - quando não cabível as prisões cautelares - privando-o do instituto da liberdade provisória, sem o seu devido julgamento e condenação, funciona como antecipação de uma pena restritiva de liberdade que sequer foi transitada em julgado, incorrendo em flagrante violação ao princípio constitucional da não culpabilidade.

2.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ao passo que uma transgressão penal é praticada, surge para o Estado o poder de punir legalmente o infrator. Essa punição, porém, enseja um devido processo legal, ou seja, deve ser realizada seguindo todos os ritos legais e procedimentais adequados, conforme as leis processuais e em observância aos princípios constitucionais.

Portanto, como afirma Lopes Jr. (2019) “*Para haver privação de liberdade, necessariamente deve preceder um processo (nulla poena sine praeiudicio), isto é, a prisão só pode ser após o processo*”. O princípio do devido processo legal abarca tantos outros princípios que dele originam, como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo.

Com fulcro no art. 5º, inc. LIV, da CF/88, que dispõe “*ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, esse dispositivo designa o critério de aferição da validade dos atos oriundos do Poder Público. (MORAES, 2018, p.124).

Visando proporcionar um julgamento justo, com igualdades de condições entre as partes de defesa e acusação o devido processo legal é garantia ao acusado que por estar em uma situação de inferioridade e em posição desfavorável no processo, necessita que lhe sejam garantidos os meios e recursos inerentes a sua defesa plena.

Moraes (2018) afirma ainda:

[...]assegura a regularidade procedimental, cujos corolários são a demanda, defesa e igualdade entre as partes, de maneira que cada questão submetida à apreciação jurisdicional deve ser resolvida por meio de um encadeamento lógico de atos tendentes à consecução do provimento final (processo), **próprio para o caso (devido)** e previamente estipulado (legal), deflagrado pela ação exercida pelo demandante, contraposta à defesa oferecida pelo demandado, em igualdade de condições perante o órgão judicial competente. (MORAES, 2018, p.124). (grifa-se).

É por essa razão que a negação de concessão de liberdade provisória a um grupo específico de infratores fere o devido processo legal, pois, são todos colocados no mesmo nível de igualdade de culpa, sem aferição subjetiva da atuação de cada um. Como exemplo, cita-se a previsão de denegação da concessão de liberdade provisória aos integrantes de organização criminosa armada ou milícia, prevista no artigo 310 §2º do Código de Processo Penal, não importando o grau de atuação desse integrante na organização criminosa, assunto detalhado na terceira seção dessa pesquisa.

3. DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade do indivíduo está entre as garantias constitucionais mais remotas. Decisões arbitrárias, encarceramento injusto, antes mesmo da condenação, levou o legislador a dar atenção especial à liberdade de ir e vir, bem

como os efeitos irreparáveis de uma prisão injusta, como afirma Vianna (2017): “Ocorre que a prisão injusta do inocente ofende certos direitos fundamentais, caso do direito à liberdade de locomoção, do direito à honra, do direito à integridade do nome (CF, art. 5º, incs. X e XV), além de ferir o princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, inc. III)”.

Portanto, para que se evite a restrição da liberdade de alguém sem o devido processo legal e antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, surge o instituto da liberdade provisória que é definida por Capez (2016) como *“Instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas”*.

Nucci (2016) conceitua: *“É a liberdade concedida ao indiciado ou réu, preso em flagrante, que, por não necessitar ficar segregado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, deve ser liberado, sob determinadas condições, para responder ao processo”*.

Nesse sentido, se não há condenação transitada em julgado a liberdade só pode ser cerceada se há fatos que tornam indispensáveis sua real necessidade. Como ocorre nas prisões cautelares que são decretadas com base em indícios suficientes de autoria e por necessidade da instrução processual, seja para assegurar a aplicação da lei penal ou por garantia da ordem.

Vale ressaltar que tais prisões cautelares são medidas de *última ratio*, só podem ser opção ao magistrado quando outras medidas cautelares não se mostram suficientes. É o que explica Capez (2016), *“No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o encarceramento é sempre a última opção, reputando-se o encarceramento provisório sempre o último recurso”*.

A liberdade provisória está prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 321 que dispõe: *“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).

Segundo Távora (2011): *“A liberdade provisória é um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar,*

atual ou iminente”. É uma forma de barreira, para garantir a liberdade ou a sua manutenção, refutando o estabelecimento de algumas prisões cautelares.

Garantida também por disposição constitucional, o artigo 5º, inciso LXVI, determina “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;*” (BRASIL, 1988). Isto posto, há duas espécies de liberdade provisória, com fiança e sem fiança, passa-se a analisar cada uma delas, as hipóteses legais em que ocorrem e disposições doutrinárias acerca de ambas.

3.1 DA LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA

O instituto da fiança é definida por Reis e Gonçalves (2016) como “*um direito do réu que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, ficar em liberdade durante o processo, desde que preenchidos determinados requisitos*”.

É importante referir que a fiança é um direito compatível apenas com a prisão em flagrante, portanto, nas prisões cautelares – preventiva e temporária- o instituto da fiança não é admitido. Como explica Nucci (2016) “[...] *a liberdade provisória, com ou sem fiança, é um instituto compatível com a prisão em flagrante, mas não com a prisão preventiva ou temporária*”.

Destarte, ao ser efetuada uma prisão em flagrante, o magistrado ao lhe ser apresentado o flagranteado, deverá realizar a audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas, ocasião que decidirá por relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva quando presente os requisitos ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança, conforme dispõe o artigo 310 do CPP.

Lima (2020) ainda explica:

Trata-se, a liberdade provisória com fiança, de direito subjetivo constitucional do acusado, a fim de que, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, possa permanecer em liberdade até a sentença condenatória irrecurável. [...] Não por outro motivo, quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a permite, caracteriza-se hipótese de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, autorizando-se a impetração de habeas corpus com fundamento no art. 648, inciso V, do Código de Processo Penal.

Para o autor e segundo entendimento dos Tribunais Superiores, ao ser negado o direito de prestar fiança, quando admitido em lei para a infração cometida pelo agente, este poderá impetrar habeas corpus com fundamento no inciso V do

artigo 648 do CPP- quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza.

3.2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA

Em algumas hipóteses não há necessidade de o agente prestar fiança para obter o benefício da liberdade provisória. Essas hipóteses são elencadas na Constituição Federal de 1988 como crimes inafiançáveis e ainda os elencados pelo artigo 324 do CPP.

Porém, o fato de não ser admitido fiança não impede que se conceda liberdade provisória, no entanto, essa se dará sem o pagamento de fiança. Do contrário, haveria um duplo erro: dar ao flagrante um poder e alcance que ele não tem (pois não é uma medida cautelar, senão pré-cautelar e, portanto, precária); e, de outro lado, estabelecer um regime de prisão obrigatória não cautelar que o sistema não comporta. (LOPES JR, 2020, p.1087).

Nesse sentido, em caso de concessão de liberdade provisória aos delitos que não se admite fiança, o juiz não poderá arbitrariamente, pois se trata de crime inafiançável; contudo, no atual regime, poderá impor qualquer das outras medidas cautelares diversas da prisão. (REIS e GONÇALVES, 2016, p.520).

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 310, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Por várias vezes o legislador buscou a fim de coibir à concessão da liberdade provisória, editar dispositivos legais que impossibilitassem a aplicação desse instituto em crimes específicos. Nucci (2020) chama a atenção para o fato de que nesses pacotes improvisados, costuma-se inserir norma destinada a vedar a liberdade provisória, como se isso fosse a chave para a segurança pública.

A exemplo cita-se a lei de drogas (lei nº 11.343/2006) que em seu artigo 44 traz a vedação da concessão da liberdade provisória ao crime de tráfico de entorpecentes. Posteriormente em análise do HC nº 104.339/STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação a concessão da liberdade provisória é inconstitucional, tese que foi reafirmada com repercussão geral no julgamento do RE nº 1.038.925/STF.

Com o advento da lei 13.964/2019 que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, o artigo 310 recebeu um novo parágrafo que dispõe: “Art. 310. § 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”.

Tal dispositivo ensejou grande polêmica no meio jurídico, dado a sua redação taxativa e expressa que retira do juiz o poder de analisar subjetivamente as circunstâncias da ocorrência de tais crimes ali elencados e diante da negativa de exercer o direito da liberdade provisória pelo investigado, ensejando a inobservância da sua presunção de inocência.

Para Lima (2020):

[...] ao se restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipótese de prisão cautelar obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão da liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar do agente, impondo verdadeira prisão *ex lege*. (LIMA, 2020, p.1181).

Destarte, a prisão *ex lege* trazida pelo jurista diz respeito à prisão que é imposta pelo legislador. É aquela imposta por força de lei, de maneira automática e obrigatória, independentemente da análise de sua necessidade por parte do Poder Judiciário. Se não ofende, de *per si*, a presunção de inocência, ofende indiscutivelmente o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal. (LOPES JR, 2020, p.935).

Pacelli (2020) ensina que são absolutamente inválidas e inconstitucionais todas as proibições *ex lege*, ou seja, como mera decorrência da lei, de restituição da liberdade. (PACELLI, 2020, p.756). Desta forma, na prisão *ex lege* não existe por parte do julgador a análise dos aspectos subjetivos e objetivos específicos em cada caso concreto, já que apenas os requisitos impostos pelo legislador é o que importa para a execução da prisão, como ocorre nas disposições do §2º do artigo 310 do CPP.

4.1 PREVISÕES DO ARTIGO 310, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

O artigo 310 do CPP, alterado pelo pacote anticrime traz a seguinte redação, *in verbis*:

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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...] **§ 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.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). (Grifa-se).

Com esse dispositivo, o legislador motiva uma prisão em flagrante que mantém o agente preso sem a decretação da prisão preventiva, ao vedar a concessão de liberdade provisória, quando o agente é reincidente, integra organização armada ou milícia ou porta arma de fogo de uso restrito.

O Jurista Aury Lopes Júnior (2020) tece importante crítica a esse dispositivo, que é seguida por grande parte da doutrina, em suas palavras: “[...] *é um grande retrocesso, além de ser – a nosso juízo – inconstitucional*”. Por questões didáticas nesta seção analisa-se a negação da concessão da liberdade provisória apenas nos crimes praticados por organização criminosa.

4.1.1 Da organização criminosa armada e a vedação à concessão da liberdade provisória

A lei nº 12.850/2013 definiu organização criminosa como a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza [...] (BRASIL, 2013).

É indiscutível a relevância da conceituação de organização criminosa, não somente para fins acadêmicos, mas pelo fato de se ter criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação. (NUCCI, 2020, p.17).

Tendo por base o conceito legal e doutrinário, destaca-se o dispositivo legal que dispõe o crime de organização criminosa que consta no artigo 2º da lei nº 12.850/2013 que segue:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

[...]

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. (BRASIL, 2013).

Em suma, a doutrina sustenta que a organização criminosa, no Brasil, somente pode validar-se como tal com um número mínimo de quatro integrantes. Sob outro aspecto, o menor de 18 anos (adolescente) pode compor esse número mínimo, desde que tenha noção básica de estar integrando um grupo, com entendimento de hierarquia e finalidades propostas.

No entanto, para a que a organização criminosa se encaixe na nova previsão do artigo 310 §2º do CPP, esta deve ser armada. Assim, se um agente integrante de organização criminosa armada é preso em flagrante, de acordo a nova redação do dispositivo em análise, este não pode se beneficiar do instituto da liberdade provisória. Ademais independe ser o indivíduo de bons antecedentes, primário, ou não oferecer riscos à sociedade, o simples fato de ser pego em flagrante integrando organização criminosa armada o torna insuscetível de receber liberdade provisória.

Igualmente, se este mesmo agente conseguir se evadir do local do crime, evitando o flagrante e logo depois apresentar-se espontaneamente a autoridade policial, o flagrante não será caracterizado e por consequência a medida do §2º do artigo 310 do CPP, não será opção ao magistrado, podendo o autor usufruir da liberdade provisória no decorrer do processo, se não cabível sua prisão preventiva.

Nesse sentido, Nucci (2020), defende:

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. (NUCCI, 2020, p.1044).

Esta vedação abstrata trazida pelo pacote anticrime restabelece a prisão exclusivamente *ex lege* e inconstitucional, retirando do juiz o poder de análise subjetiva da conduta e das circunstâncias do agente. Para Lima (2020):

Ao se admitir que a lei vede peremptoriamente a liberdade provisória, independentemente de qualquer análise pelo poder judiciário da necessidade de manutenção da prisão cautelar, restaurar-se-á, de maneira transversa, a famigerada prisão preventiva obrigatória, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349/67.

Restou o entendimento do STF de que o legislador não pode restringir o poder de o juiz analisar a possibilidade de conceder ou não a liberdade provisória. As discussões estabelecidas no julgamento evidenciaram que os ministros não admitem a possibilidade de uma lei vedar a concessão de liberdade provisória, retirando a análise do *periculum libertatis* das mãos do juiz. (LOPES JR. 2020, p. 1092).

Vale ainda questionar se todos os autuados em flagrante por integrar uma organização criminosa são agentes de alta periculosidade. Ora pode esse autor integrar a organização criminosa com uma função relevante, de chefia, por exemplo, bem como pode ser apenas um integrante de função não tão relevante, sendo assim desproporcional sua segregação.

4.2 ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Para melhor compreensão do tema, passa-se a analisar em conexão os detalhes já expostos nesta pesquisa com recente decisão em caso concreto da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios –TJDFT no *Habeas Corpus* que segue:

HABEAS CORPUS. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PERICULOSIDADE DO AGENTE. EXISTÊNCIA DE COMORBIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. **Nos termos do artigo 310, § 2º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, “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”**. 2. Na hipótese e nesta oportunidade, até que as situações se esclareçam, as circunstâncias fáticas são desfavoráveis ao paciente, preso em flagrante após perseguição policial a veículo com alto risco para as comunidades, na posse de um fuzil do Exército Brasileiro, o que demonstra até prova em contrário, a necessidade da manutenção da

construção preventiva do paciente, como forma de se garantir a ordem pública, de se explicar, querendo, a procedência desta arma restrita, nos termos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Na espécie, mantêm-se hígidos os fundamentos da decisão que decretou a prisão preventiva. 3. A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, por si só, não justifica a soltura do paciente, que atualmente conta com 26 (vinte e seis) anos de idade e não comprovou possuir qualquer comorbidade. 4. Ordem denegada. (HABEAS CORPUS CRIMINAL 0746763-51.2020.8.07.0000-Des. João Timóteo- 2ª Turma Criminal- 05 de Novembro de 2020).

Na decisão em apreço, encontra-se presente uma das três disposições do artigo 310, §2º do Código de Processo Penal, qual seja do porte irregular de arma de fogo de uso restrito, que compõe uma das causas de denegação de liberdade provisória pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante.

Diante deste *Habeas Corpus* o paciente alega que não há razões para manutenção da prisão decretada em seu desfavor, razão, entretanto, que para o magistrado não lhe assiste. Analisando-se a decisão acerca da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva o relator expõe o disposto no §2º do artigo 310 do CPP.

Em seu inteiro teor o relator ressalta a obrigatoriedade da não concessão de liberdade provisória ao crime em apreço. Afirma ainda que mesmo se ausente os requisitos da prisão preventiva o paciente deveria ser recolhido ao estabelecimento prisional, nos termos do artigo 310 § 2º CPP.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto nessa pesquisa, pode-se inferir que ao prever a proibição à concessão da liberdade provisória, o legislador de maneira taxativa retirou do juiz o poder de cautela, que restou impedido de realizar análise subjetiva e de peculiaridades do caso concreto, levando-o a um julgamento que não é admitido em nosso ordenamento.

Faz-se necessário mencionar que a problemática da constitucionalidade ou inconstitucionalidade que cerca o tema envolve princípios fundamentais constitucionais e por essa razão não é uma tarefa fácil, pois não se pode relativizar uma exceção (como a prisão cautelar) em detrimento de um princípio basilar e estrutural como o princípio da liberdade humana.

Por meio da análise decorrente dessa pesquisa, chega-se a conclusão de que dispositivos legais que ferem direitos principiológicos não podem ser admitidos em nosso ordenamento e conseqüentemente considerados inconstitucionais, de outra forma o direito estaria em processo de retrocesso e não avanço. Assim, exige-se que haja amadurecimento de nossos poderes, pois a visão de garantias deve ser ampla e alcançar todos os três poderes, bem como aos aplicadores do direito.

No dispositivo em análise ao tratar da obrigatoriedade de negação da liberdade provisória aos integrantes de organização criminosa armada, o legislador reputou o magistrado à prisão *ex lege*, não admitida no sistema penal brasileiro. Com isso o pacote anticrime trouxe enrijecimentos contrários ao sistema garantista, por meio de punições radicais e medidas drásticas baseadas unicamente na gravidade abstrata dos delitos elencados no artigo 310 §2º do CPP.

Dessarte, a prisão obrigatória de um integrante de organização criminosa trazida pelo referido artigo ocasiona desrespeito a inúmeros princípios garantidores. A partir dessas considerações é que torna ainda mais latente a responsabilidade que cerca tanto aos que são dotados de capacidade de legislar como a todos que lidam diariamente com as leis, ainda mais quando se tem a liberdade de uma pessoa em questão. Não podendo olvidar que o direito é ciência de constante evolução e não retrocessos.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 18 set de 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. 21 set. de 2021.

BRASIL. **Lei Nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 21 set. de 2021.

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 20 de set. de 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal De Justiça. Habeas Corpus 104.339**. São Paulo. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa. Relator: Min. MIN. GILMAR MENDES, 10 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>. Acesso em: 19 set. de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** - 23. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**– 14. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**– Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** -8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**– 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**– 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** - 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**– 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**– 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal** – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**– 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**– Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

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. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/20218>. Acesso em: 16 set de 2021.

TÁVORA, Nestor, **Código de Processo Penal para concursos**. Salvador: Editora Podivm. 2011.

TOLEDO, Guilherme Marra. **A inconstitucionalidade do §2º do artigo 310 do Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/marra-inconstitucionalidade-artigo-310-cpp#top>. Acesso em: 18 set. de 2021.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal**, 2003 .

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Prisão ilegal, prisão injusta e indenização**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, Jul./Dez. 2017. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/38/artigos/artigo02.pdf. Acesso em: 15 set. de 2021.