

Ano III Nº 1
2011

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



A PRISÃO NO HODIERNO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Edilson Santana Gonçalves Filho*

RESUMO

A liberdade é expressão fundamental consagrada em nosso texto constitucional, fruto daquilo comumente denominado através da expressão “direitos fundamentais de primeira geração”. Evidencia-se, doutra banda, o encarceramento como limitação legal ao referido postulado essencial, com previsão da mesma forma esculpida no texto maior. Busca-se com o presente estudo analisar de maneira sintética os modelos de prisão ainda em voga em nosso ordenamento, sobretudo ante as influências derivadas da Constituição Federal de 1988, normas internacionais e recentes reformas travadas no campo da legislação pátria ordinária.

Palavras-chave: Prisão. Prisão em Flagrante. Prisão Temporária. Prisão Preventiva. Prisão Cautelar. Prisão ex lege. Prisão Civil. Prisão Administrativa.

1 PRISÃO

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo quinto, inciso romano LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Verifica-se, daí, ser regra a liberdade e exceção sua privação.

1.1 Espécies de prisão

* Advogado militante, bacharelado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Autor do livro “A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais – sua vinculação às relações particulares”. Coautor da obra “Dicionário de Ministério Público”. Cursa, atualmente, especialização em Direito Processual na Faculdade 7 de Setembro. Foi aprovado nos concursos para Procurador do Estado de Pernambuco e Defensor Público da União.

Valioso, antes de mais nada, evidenciar que o nosso ordenamento prevê as seguintes espécies de prisão:

a) Prisão Extrapenal, a qual se subdivide em Prisão Civil, Prisão Administrativa e Prisão Disciplinar.

b) Prisão Penal

c) Prisão Cautelar, da qual são espécies a Prisão em Flagrante, a Prisão Temporária, e a Prisão Preventiva.

1.2 Prisão extrapenal civil

É prevista em apenas duas hipóteses, tendo em vista o texto magno inserido no inciso LXVII, do artigo quinto da Constituição Federal: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

À evidência, somente é possível falar em prisão civil, à luz da ordem constitucional hoje estabelecida, quanto se tratar de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e no caso de depositário infiel.

A Convenção Americana dos Direitos humanos (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA; Dec. 678/92 – ratificada pelo Brasil), contudo, restringe, em seu artigo sétimo, a prisão civil apenas no caso do devedor de alimentos, excluindo, assim, a prisão do depositário infiel.

Há, como se vê, um aparente conflito de normas: de um lado a Carta Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais regulatórias do seu artigo quinto, inciso LXVII; doutro a previsão positivada no Pacto de San José da Costa Rica.

A questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 466343 e Habeas Corpus 87585), restando assentado o entendimento, hoje prevalente na corte, de que Tratados de Direito Internacional que versem sobre direitos humanos, como o é a Convenção Americana dos Direitos Humanos, possuem “status” supralegal, estando, hierarquicamente, abaixo da Constituição, porém acima das demais leis internas.

Destarte, restam, por tal entendimento, derogadas as normas legais definidoras da custódia legal do depositário infiel. Em outros termos, restaram prejudicadas as regras ordinárias que regulam supradita prisão.

À proeminência, o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, última instância constitucional dentro da organização judiciária brasileira, na atualidade a única hipótese de prisão civil, no direito nacional, é a do devedor de alimentos. Justificada a posição adotada, já que o artigo quinto, parágrafo segundo, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

1.3 Prisão extrapenal administrativa

Parte da doutrina entende que, mesmo após o advento da Constituição de 1988, continuaria sendo possível a decretação dessa espécie de custódia, desde que decretada por uma autoridade judicial (COELHO, 2010).

À evidência, trata-se de uma prisão decretada por autoridade administrativa.

Sendo a mesma decretada por autoridade judicial, como defende corrente acima mencionada, não se pode falar em Prisão Administrativa, pois, dessa feita, restará afasta de sua principal característica, natureza jurídica ínsita ao instituto.

Posição que melhor se coaduna com os dispositivos constitucionais vigentes não admite, como se vê, esse tipo de encarceramento, sobretudo diante da previsão trazida pelo inciso LXI, do artigo quinto constitucional, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1988).

1.4 Prisão extrapenal disciplinar

A modalidade disciplinar visa preservar a da hierarquia e a disciplina, com expressa autorização constitucional no já citado artigo quinto, inciso LXI, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo prevista para o caso de transgressão militar e crimes propriamente militares, *ipsis verbis*: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; “ (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Desta feita, aplica-se a ações praticadas por militares contrárias aos preceitos da ética, deveres e obrigações vinculadas ao exercício do ofício, quando afetem a honra e o decoro da classe, ou constituam infração específica e funcional do militar.

Merece registro o fato de independer de autorização judicial, tendo em vista que, como se depreende da leitura do texto supra transcrito, constitui-se em exceção à regra geral trazida pela primeira parte da disposição, pela qual nenhuma pessoa poderá ser presa em casos que não sejam de flagrante ou ordem judicial escrita e fundamentada. A reserva fica exatamente por conta da última parte, permissiva, fora dos dois casos iniciais, da prisão disciplinar (decorrente da transgressão militar ou crime propriamente militar).

1.5 Prisão penal

Denomina-se prisão penal aquela que resulta de sentença condenatória transitada em julgado, a qual impôs uma pena privativa de liberdade, após um processo em que restaram garantidos a ampla defesa e o contraditório.

Em termos mais simples é a consequência da condenação sofrida pelo criminoso, condenado em um processo judicial.

1.6. Prisão cautelar ou provisória

Antes de tudo cumpre tecer algumas considerações acerca da Prisão Decorrente de Pronúncia, também como sobre a Prisão Decorrente de Sentença Penal recorrível.

Havia discussão doutrinária e jurisprudencial sobre suas validades, em face do advento da Constituição de 1988, levantando-se vozes no sentido da não recepção daquelas pelo texto constitucional.

A cizânia teve seu fim. Foram aquelas definitivamente abolidas com a reforma processual ocorrida na segunda metade do ano de 2008, motivo pelo qual não mais se incluem entre as espécies de prisão cautelar.

Prisão Cautelar, por seu turno, pode ser conceituada como a privação da liberdade decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, tendo por objetivo assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

É medida de natureza excepcional, não podendo ser utilizada como cumprimento antecipado da pena, nem tampouco para satisfazer os interesses da opinião pública ou da mídia.

Deve ser decretada apenas em casos extremos, ou seja, a regra é que se responda o processo em liberdade, restando por impedimento qualquer antecipação de juízo condenatório, incumbindo, ademais, ao acusador o ônus da prova. No caso de dúvida, portanto, deverá o acusado ser absolvido (Princípio da Presunção de não Culpa ou Inocência).

Nada obstante, a decretação de prisão cautelar não viola o famigerado princípio da presunção de inocência, desde que tal medida não perca o seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto.

É que a antecipação da pena como uma decorrência imediata da sentença condenatória dissociada dos requisitos de cautelaridade não é mais tolerada em nossa ordem jurídica. Todavia, o preso cautelar poderá usufruir dos benefícios da lei de execuções penais, uma vez presentes uma sentença condenatória proferida e verificando-se a preclusão para Ministério Público, no caso, *verbi gratia*, de haver recurso apenas da defesa.

No pretório excelso encontra-se consagrado, de mais a mais, o

entendimento segundo o qual a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado da sentença condenatória e, antes desse marco, a prisão só se justifica uma vez presentes os requisitos de cautelaridade.

Não se deve olvidar, ainda, estar toda prisão provisória submetida à apreciação do poder judiciário.

São requisitos indispensáveis a decretação da medida o *fumus commissi delicti* (plausibilidade do direito de punir demonstrada pela prova da materialidade e indícios de autoria) e, também, o *periculum libertatis* (consiste no perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, e para a efetividade do direito penal ou a segurança social).

1.7 Prisão cautelar em flagrante

Caracteriza medida de autodefesa social, privando a liberdade de locomoção independente de ordem judicial, conforme o já transcrito inciso LVI do artigo quinto de nossa constituição. À guisa de informação, é de se ressaltar poder qualquer do povo efetuar a prisão daquele que encontra-se em situação de flagrância.

A expressão flagrante, ademais, deriva do latim *flagrare*, significando aquilo que arde, queima.

Visa evitar a fuga do autor do delito, auxiliar na colheita de provas e impedir a consumação da infração quando a mesma ainda estiver sendo praticada.

1.7.1. Modalidades de prisão em flagrante: flagrante próprio; impróprio; presumido; preparado; esperado; prorrogado

Doutrinariamente costuma-se apontar diversas modalidades de flagrante. Façamos um breve esboço das principais:

Flagrante próprio (real ou propriamente dito) é aquele que se configura quando o agente está cometendo a infração penal, ao passo que no impróprio

(também denominado de “quase flagrante” ou irreal) o indivíduo é perseguido logo após o seu cometimento. Se essa perseguição tiver êxito ela deságua na captura.

À luz do artigo 250 do Código de Processo Penal a perseguição se estabelece quando a polícia ou o particular seguem o criminoso, por força de informação, própria ou de terceiro, de que ele partiu em determinada direção, podendo, as autoridades policiais, penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa.

Por seu turno, presumido/ficto/assimilado/feliz encontro é aquele em que o agente é encontrado logo após o cometimento do delito com instrumentos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Flagrante preparado (provocado ou delito putativo por obra do agente provocador) caracteriza-se pela indução à prática do delito por um agente provocador (geralmente um policial), o qual adota precauções para que o delito não ocorra. Tal espécie tem como consequência crime impossível por absoluta impropriedade do meio, devendo a prisão ser relaxada nesse caso.

O enunciado 145 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal demonstra ser esse o entendimento adota pela Corte, senão vejamos: “Súmula 145, STF - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Diferentemente, Esperado é o flagrante em que a autoridade policial limita-se a aguardar o momento da prática do delito, não havendo qualquer indução ou agente provocador.

No caso específico de venda simulada de drogas pela polícia válida se faz uma observação: a indução se dá em relação ao verbo vender. Porém, como a infração de tráfico de drogas é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, nada impede que o agente responda pelo delito nas modalidades de “trazer consigo”, “guardar”, etc., desde que a posse da droga seja pré-existente à ação policial.

Por fim, o Flagrante prorrogado (diferido; retardado; ação controlada) consiste no retardamento da intervenção policial para que se dê no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Está previsto na lei de drogas e na lei das Organizações Criminosas, independentemente de autorização judicial nessa última.

Dessarte, havendo investigação em crime de tráfico de entorpecentes, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, permite-se a não atuação policial, postergando a prisão dos criminosos que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de participantes, sem prejuízo da ação penal cabível, quando sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

De forma similar, em delitos praticados por organização criminosa, é possível retardar a prisão em flagrante do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

1.7.2. Procedimento da prisão em flagrante

Após a captura o indivíduo deverá ser conduzido à autoridade policial, quando será lavrado o Auto de Prisão em Flagrante – APF. Em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, condutor de veículo automotor que presta socorro à vítima e delito de porte de drogas para consumo pessoal, deverá ser lavrado um Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, não se impondo prisão em flagrante.

Recolhido o indivíduo ao cárcere, após a lavratura, cópia do Auto de Prisão em Flagrante necessariamente será enviada a autoridade judiciária, a qual restará informada da prisão. Do mesmo modo serão comunicados o Ministério Público, a família do preso ou pessoa por ele indicada e a Defensoria Pública, no caso de o acusado não possuir advogado. Não havendo Defensoria Pública na localidade nomeai-se, de imediato, defensor dativo para defesa do mesmo.

Com a novel redação dada ao art. 306 do Código de Processo Penal pela lei 12.403/11, passou a haver previsão expressa da necessidade de comunicação da prisão de qualquer pessoa ao Ministério Público, assim como o local onde aquela se encontre. A lei, todavia, é omissa quanto a obrigação de encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao Parquet. Sobre o ponto, vale mencionar rápidas lições do professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

Há, então, uma distinção. Uma coisa é a comunicação da prisão; outra, o encaminhamento do auto de prisão em flagrante. Por isso, pensamos equivocada a Lei no ponto em que não exige o encaminhamento de cópias do flagrante ao Ministério Público, limitando a providência apenas ao juiz e à Defensoria Pública, quando o aprisionado não indicar advogado no momento da prisão (art. 306, parágrafo único, CPP). A nosso juízo, o Ministério Público, como e enquanto fiscal da legalidade de todo ato prisional deverá, tanto ser comunicado da prisão, quanto receber cópia do auto de prisão em flagrante.(OLIVEIRA, 2011, p. 563)

Destaque-se, por oportuno, que a autoridade competente para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante é a do local onde se deu a captura do agente (LIMA, 2010), e não onde o crime tenha sido cometido.

Verificando o juiz que a prisão é ilegal terá que relaxá-la. Constatando por sua legalidade analisará o cabimento de liberdade provisória com ou sem fiança. Há, ainda, a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CP, com redação dada pela lei 12.403 de 2011).

Ressalte-se aqui, que a não entrega da Nota de Culpa ao preso no prazo de 24 horas após a sua captura, informando os motivos e responsáveis da sua prisão, gera a ilegalidade da mesma.

1.8 Prisão cautelar preventiva

Inicialmente, cabe salientar ser cabível a presente restrição à liberdade mesmo antes da fase judicial, durante o inquérito ou investigação preliminar (a exemplo daquela realizada pelo Ministério Público), seja através de requerimento do membro do Parquet ou do querelante, seja por meio de representação da autoridade policial.

Poderá ainda o magistrado decretá-la de ofício. Nesse caso, entretanto, havia forte corrente doutrinária sustentando ser somente permitida no curso do processo, tendo em vista a não existência entre nós de um juiz inquisidor. O entendimento foi confirmado com o advento da lei 12.403/11, que o abraçou, passando o art. 311 do diploma processual penal a prever expressamente: Em

qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

De mais a mais, pode o juiz manter ou impor a prisão preventiva por força de sentença, em conformidade com expressa autorização do artigo 387, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Em todas as situações, é certo, devem ser observados os pressupostos para a decretação do encarceramento preventivo. Dois são eles:

- a) Fumus comissi delicti: caracterizado pela prova da existência do crime e por indícios de autoria.
- b) Periculum libertatis: consubstanciado em um de quatro requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, visando a garantia da ordem pública ou econômica, aplicação da lei penal, ou ainda por conveniência da instrução criminal;

Garantia da ordem pública, ou da ordem econômica significa juízo de periculosidade, ou seja, se o acusado permanecer em liberdade, dados concretos demonstram que voltará a delinquir, se referindo a última aos crimes contra a economia popular.

Já a garantia da aplicação da lei penal visa evitar que o acusado fuja do distrito da culpa, quando dados concretos demonstrem sua intenção para tal, o que, por óbvio, inviabilizaria uma futura execução da pena.

Por sua vez a conveniência da instrução criminal tem por objetivo impedir que o agente traga algum prejuízo à produção de provas. Assim, uma vez encerrada a instrução criminal a prisão decretada com base nesse pressuposto deve ser revogada.

Ao contrário da prisão temporária não há aqui prazo pré-determinado. Poderá, contudo, a preventiva ser relaxada em virtude de excesso no tempo pelo qual o acusado permaneça preso, tendo em vista a mora causada pelo judiciário ou pela acusação no processamento do feito, acarretando demora desarrazoada.

Desta feita haverá excesso quando a demora processual for resultado de inércia do juízo, de diligências suscitadas exclusivamente pela acusação ou quando for incompatível com o princípio da razoabilidade, atentando contra a garantia da razoável duração do processo.

Vale salientar não justificar o relaxamento da prisão preventiva o retardamento provocado exclusivamente pela defesa, por razões claras. À evidência, “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa” (OLIVEIRA, 2011, p. 576), entendimento adotado pelo enunciado 64 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça.

Nada obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uniforme ao considerar que o encerramento da instrução criminal torna prejudicada a alegação de excesso de prazo (HC 93.293/MS, rel. Min. Menezes Direito, DJ 24.04.2008; HC 86.618, Min. ELLEN GRACIE, DJ 28.10.2005; e HC 85.599, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.05.2005, HC 90.085/AM, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 30.11.2007; HC 96336/SP, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 06.02.2009).

Da leitura do artigo 313 da lei processual penal deduz-se ser a prisão preventiva cabível somente em face de crimes dolosos, não se aplicando, destarte, a crimes culposos (ressalvada a hipótese do art. 313, parágrafo único, CPP, com redação dada pela lei 12.403/11, limitada a prisão para e até a identificação do acusado) e contravenções penais.

Por tudo já exposto, verifica-se basear-se a decretação da prisão preventiva na cláusula rebus sic stantibus. Nesse esteira, depende da manutenção de seus pressupostos fáticos. Cessando esses, deve aquela ser afastada.

Finalmente, cabe rememorar que a decisão a qual decreta a medida preventiva pode ser atacada por habeas corpus. Já quando restar indeferida ou revogada é passível de contra-ataque por meio de Recurso em Sentido Estrito.

Imperioso realçar: a prisão preventiva, em virtude das mudanças trazidas pela lei 12.403/11, passa a apresentar duas possibilidades. Pode ser autônoma, quando então haverá a possibilidade de sua decretação independente de qualquer outra medida cautelar; Poderá ser subsidiária, decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. (OLIVERIA, 2011).

1.9 Prisão cautelar temporária

Regulada pela lei 7.960/89, tem origem na Medida Provisória de nº 111/89. Bem por isso configura cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca de sua

constitucionalidade. Não obstante a discussão, vêm os Tribunais Superiores corroborando quanto à aplicação da constrição temporária. No Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 162, tentou-se declarar a constitucionalidade da diploma provisório 111/89. Em sede cautelar posicionou-se o pretório excelso pela sua constitucionalidade.

Não tendo sido convertida em lei a Medida Provisória atacada pela ação direta, perdeu ela, retroativamente, a sua eficácia jurídica pelo transcurso do prazo para a sua conversão, e, assim, por via de consequência, submergiu o seu objeto.

A prisão em referência poderá ser decretada sempre que houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes descritos no supracitado regramento, desde que seja, concomitantemente, imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Vale lembrar que além dos crimes previstos no art. 1º da lei 7.960/89, será também admitida no caso de prática de crimes hediondos e equiparados.

Segundo o artigo segundo da supramencionada norma a prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. Verifica-se daí não comportar decretação de ofício pelo magistrado (sob pena de configurar-se a figura do juiz inquisidor citado alhures). Na hipótese de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (GRECO, 2010).

Apesar de o artigo não se referir ao querelante, esse poderá, mediante representação, requerê-la em caso de Ação Penal Privada.

No caso de crimes hediondos ou equiparados o prazo da temporária é de 30 dias, também prorrogável por igual período. Uma vez decorrido o preso deverá ser colocado em liberdade sem a necessidade de alvará de soltura, salvo se já tiver sido decretada a prisão preventiva.

Também aqui a decisão que decreta a medida preventiva pode ser atacada via habeas corpus. Já aquela que a indefere ou revoga é atacável por Recurso em Sentido Estrito.

Há, por demais, uma peculiaridade. Trata-se de uma medida supressiva da liberdade admitida apenas na fase de inquérito policial.

1.10 Prisão ex lege

A expressão *ex lege* vem a significar, em nossa língua portuguesa, “de acordo com a lei”. Pode-se ir além, afirmando sem temor que, tal tipo de prisão, é aquela a qual se dá unicamente por força de lei, ou seja, resulta da simples negativa do legislador em conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, àquele que foi preso em flagrante.

Se toda e qualquer prisão, antes do trânsito em julgado, tem natureza cautelar, com já se afirmou, a única autoridade que pode decretá-la é a judiciária, e não a legislativa, sendo, portanto, inaceitável em nosso ordenamento, mormente em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

O art. 5º, inciso LXI, conforme já explicitado, dispõe que ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Assim sendo, impossível a imputação da medida cautelar restritiva de liberdade sem ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária ou prisão em flagrante, não possuindo qualquer legislação infraconstitucional o condão modificador dos postulados constitucionais.

O pensamento foi adotado pela suprema corte constitucional do Brasil (STF) em decisão na qual se afastou a vedação à liberdade provisória prevista na lei de tóxicos (artigo 44 da lei 11.343/06), exatamente por configurar em encarceramento *ex lege*. A inconstitucionalidade da vedação aposta na lei 11.343/06 está longe de ser tema pacífico nos Tribunais. Até bem pouco havia consonância nas instâncias superiores quanto a sua constitucionalidade. Recentes decisões apontam, todavia, para uma mudança de pensamento. Verificado no HC 101505/SC, rel. Min. Eros Grau, 15.12.2009 e medida cautelar no HC 100362

, tudo a demonstrar a impraticabilidade dessa restrição.

2 IMPACTO DA LEI 12.403 DE 2011

A rigor, a partir da lei 12.403/11, passam a haver duas diferentes modalidades de cautelares do âmbito penal, a saber: a) prisões; b) medidas cautelares diversas da prisão. As últimas encontram-se listadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, dentre as quais se destacam a fiança, o recolhimento domiciliar e a monitoração eletrônica (passiva ou ativa).

De fato, e de direito, agora, a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares diversas da prisão, restando ao cárcere preventivo os casos de maior gravidade, cujas circunstâncias apontem para maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa (OLIVEIRA, 2011).

A prisão, dessa forma, assume papel subsidiário, consoante se extrai do art. 312, em seu parágrafo único, CPP (redação dada pela Lei 12. 403, de 2011): “Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (art. 282, § 4º).

Nada impede, entretanto, seja ela decretada de forma autônoma, quando for cabível e indispensável.

Em via inversa, mostra-se também possível a substituição da prisão preventiva por medida cautelar menos gravosa, quando este se revelar mais adequada e suficiente para efetividade do processo.

Apresenta-se, também, como substituto da preventiva a prisão domiciliar, novidade instituída pela lei. O caso, porém, não é de alternativa à prisão preventiva, mas de substitutivo da mesma, nas hipóteses legalmente arroladas (art. 318, CPP – idade senil; saúde debilitada, gravidez, necessidade de cuidados especiais para com algum dependente menor de 6 anos ou deficiente), onde se fará imprescindível o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.

De mais a mais, a prisão em flagrante não mais se mantém de forma independente. Com o advento da lei a pouco citada, o recolhimento em flagrante delito, por si só, não mais autoriza a permanência do cidadão em cárcere durante a persecução penal.

De acordo com a nova redação do art. 310, diante de uma situação de flagrante (desde que não se trate de prisão ilegal, quando deverá ser relaxada) o juiz a) concede ao acusado liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medida cautelar diversa da prisão ou; b) converte o flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os seus pressupostos (LIMA, 2011).

Portanto, a prisão em flagrante passa a ter natureza jurídica de medida precautelar, só mantendo o sujeito em privação de liberdade quando convertida, presentes os requisitos, em preventiva.

Por fim, embora na lei se mantenha a distinção conceitual entre prisões, medidas cautelares diversas e liberdade provisória, todas elas são atores de um mesmo papel, qual seja a função processual de acautelamento de interesses da jurisdição criminal (OLIVEIRA, 2011).

Bem por isso, a imposição de qualquer medida cautelar, seja de encarceramento ou diversa da prisão, precisamente por implicar restrição de direitos fundamentais de primeira ordem, reclamará fundamentação da autoridade judiciária (art. 5º, LXI, Constituição/1988), embasadas pelos critérios de necessidade e adequação/indispensabilidade da providência.

De se notar que apenas as razões da prisão preventiva poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo. Esclareça-se: a prisão temporária somente é cabível na fase de investigação, pois tem como função a tutelar do inquérito policial (lei 7.960/89).

Por seu turno, a prisão em flagrante, a qual, por óbvio, dispensa ordem judicial, só se mantém quando convertida prisão preventiva, reclamando, do mesmo modo, fundamentação judicial.

3 CONCLUSÃO

O sistema de prisões atualmente vigente decorre da nova ordem constitucional estabelecida pela Carta de 1988. De se vê, hodiernamente, necessitar toda restrição a direitos fundamentais (como é o caso do encarceramento) de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 5º, inciso LXI, CRFB/1988; art. 283 do Código de Processo Penal).

Diante da Supremacia Constitucional, e sua força normativa, devem as regras infraconstitucionais alinhar-se aos parâmetros traçados pelo constituinte, o que vem sendo feito pelo legislador, através das recentes reformas processuais penais, assim como por meio da atividade judicante dos tribunais superiores, com a formação de suas jurisprudências.

Exemplo disso é a vedação de prisões estabelecidas aprioristicamente pela lei (ex lege), por encontrarem-se em patente descompasso com o traço constitucional garantista.

O modelo de garantias, evidentemente adotado por nossa Constituição, traz o benefício da proteção aos mais caros valores do ser humano, sempre pautado pela primazia de sua dignidade.

Doutra banda, não se pode, sob fundamento de tornar incólumes as garantias fundamentais estabelecidas, manter impunes práticas delituosas. Parece ser exatamente esse o sentido e finalidade das disposições constitucionais que tratam das prisões.

THE PRISON IN THE MODERN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The freedom is fundamental expression enshrined in our Constitution, commonly known by the fruit of what the term "fundamental rights of the first generation." It is evident, from another part, the incarceration as a legal limitation to that essential principle, with estimated similarly carved in larger text. It's searched with the present study to analyze succinctly the models of prison still in vogue in our planning, especially in the face of influences derived from the 1988 Federal Constitution, international standards and recent reforms fought in the field of common law country.

Keywords: Prison. Arrest in flagrante. Temporary Prison. Arrest. Prison Relief. Prison ex lege. Civil Prison. Administrative Detention.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 1989; 168º da Independência e 101º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. **Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/108967/medida-provisoria-111-89>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. **Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 05 de jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 64**. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.txt>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 162/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. Tribunal Pleno. Relator: Min. MOREIRA ALVES. DJ 27-08-1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+162.NUME.%29+OU+%28ADI.ACM S.+ADJ2+162.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466343 / SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. CEZAR PELUSO. DJ 05-06-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.S CLA.+E+466343.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+466343.ACMS.%29&base =baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 87585 / TO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. DJ 26-06-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24. S CLA.+E+87585.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+87585.ACMS.%29&base =baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 101505 / SC**. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. DJ 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101505%2 ENUME%2E+OU+101505%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 100362-MC / SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo559.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 93.293/MS**. Primeira Turma. Relator: Min. MENEZES DIREITO. DJ 25-04-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24. SCLA.+E+93293.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+93293.ACMS.%29&base =baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 86618 / MT**. Segunda Turma. Relatora: Min. ELLEN GRACIE. DJ 28-10-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.>

SCLA.+E+86618.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+86618.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 85599 / SP**. Segunda Turma. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. DJ 06-05-2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+85599.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+85599.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 90085 / AM**. Segunda Turma. Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA. DJ 30-11-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+90085.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+90085.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 96336 / SP**. Segunda Turma. Relatora: Min. ELLEN GRACIE. DJ 06-02-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+96336.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+96336.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 jul. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Brasil: Malheiros, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 22. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**; teoria geral do direito civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prisão Preventiva. Prisão Cautelar. Fundamentação. Necessidade**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 14 de outubro de 2010

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 12. Ed.. Vol.1. Ed. Impetus.2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Competência Criminal**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**. 1. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, JOSÉ AFONSO. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A.R.C de. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Podivm, 2008.