PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RUI DE ALMEIDA VALENTE

ORDEM DE PRISÃO e AUTORIDADE COMPETENTE :

Garantia Fundamental de Proteção ao Homem no Estado Democrático de Direito

CURITIBA
2003

RUI DE ALMEIDA VALENTE

ORDEM DE PRISÃO e AUTORIDADE COMPETENTE :
Garantia Fundamental de Proteção ao Homem no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social. Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob a orientação do Professor Doutor Néfi Cordeiro.

CURITIBA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

RUI DE ALMEIDA VALENTE

ORDEM DE PRISÃO e AUTORIDADE COMPETENTE :
Garantia Fundamental de
Proteção ao Homem no
Estado Democrático de Direito

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social, Programa de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Néfi Cordeiro
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da PUC/PR

Membro: _____
André Luís Callegari

Membro: _____
RODRIGO SANCHEZ RIOS

Nota: 8,0 (oito)

Curitiba, 31 de março de 2003.

DEDICATÓRIAS

"IN MEMORIAM"
Para os meus queridos pais, Guilherme e Isaura, : com todo meu coração o indispensável apoio e sentido de luta constante na escalada da vida;

Para o meu cunhado, Renato Machado Cavalcanti de Albuquerque, pelo incentivo na escolha e acompanhamento do Curso de Direito;

Para o meu sogro, Sr. Agostinho Rodrigues : pelo estímulo na carreira do Ministério Público.

DEDICATÓRIA ESPECIAL

À minha família : um elo importante na caminhada, o meu amor.
À querida esposa Solange : companheira de todos esses anos, pela dedicação ao nosso lar e à nossa família.
Ao meu filho Guilherme : o afeto filial e a continuidade da luta pelo aperfeiçoamento pessoal.
À minha filha Vanessa : a mensagem de ternura filial e de pertinácia nos seus objetivos colimados.
Ao meu genro João Luis : o apreço respeitoso a um jovem idealista e de afável trato.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Néfi Cordeiro, pela firme orientação e pela inexcedível paciência e sempre pronta colaboração na solução dos problemas de ordem doutrinária advindos no cotidiano das questões jurídicas trazidas no desenvolvimento dos tópicos desta dissertação, propiciando um aprimoramento de seus objetivos.

Ao Coordenador e a todos os membros do Corpo Docente Permanente do Curso de Mestrado em Direito Econômico e Social da PUCPR, pela dedicação na orientação das diversas disciplinas integrantes do Programa de Mestrado.

Às funcionárias Eva e Isabel Cristina, pela atenciosa colaboração prestada no decorrer deste Curso de Mestrado.

À acadêmica Regina Takahara Tozetti, pela inestimável e competente ajuda na correção datilográfica dos textos, segundo as normas da ABNT.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 01

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS..... 04

2.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS..... 04

2.2 INTEGRAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS..... 07

3 PRISÃO 40

3.1 ETIMOLOGIA 40

3.2 CONCEITO..... 40

3.3 DIREITO COMPARADO..... 41

3.3.1 Itália..... 41

3.3.2 Alemanha 44

3.4 ESPÉCIES DE PRISÃO..... 46

3.4.1 Prisão Definitiva..... 47

3.4.2 Prisão sem Pena 53

3.4.3 Prisão em Flagrante Delito 65

3.4.4 Prisão Preventiva..... 70

3.4.5 Prisão Temporária 78

3.4.6 Prisão decorrente de despacho de pronúncia 81

3.4.7 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível 82

3.4.8 Prisão em caso de estado de defesa e estado de sítio .. 85

3.4.9 Prisão por recaptura de réu evadido..... 89

3.4.10 Prisão Administrativa 90

3.4.11 Prisão Civil 95

3.4.12 Prisão de depositário infiel 96

3.4.13 Prisão Civil do Devedor de Alimentos 106

3.4.14 Prisão Civil no novo Código Civil 109

4 AUTORIDADE COMPETENTE 112

4.1 AUTORIDADE ADMINISTRATIVA..... 112

4.2 AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE 116
4.3 NO DIREITO COMPARADO 126
4.4 NO DIREITO INTERNO 135
4.5 AUTORIDADE INCOMPETENTE 143
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 151
5.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 156
5.2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL 163
5.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 167
6 REQUISITOS LEGAIS DA ORDEM DE PRISÃO 172
6.1 A ORDEM ESCRITA 172
CONCLUSÃO 176
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 188

RESUMO

A presente dissertação trata da legalidade da prisão, no tocante ao aspecto da autoridade competente para determinar a sua detenção, em que situações esta poderá ocorrer, bem como as formalidades que devam ser respeitadas, além dos demais requisitos exigidos pela nossa Carta Magna e pela legislação que lhe for aplicável. A análise foi feita a partir dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, dando-se ênfase aos tratados internacionais que foram adotados pelo Brasil e o impacto jurídico que esses possam vir a causar, especialmente, o Pacto de São José da Costa Rica no que diz respeito aos direitos humanos (e a admissibilidade somente da prisão civil por obrigação alimentar) bem como o posicionamento dos nossos Tribunais superiores, destacando-se sobremodo a prisão civil. Parte-se de uma conceituação da prisão e de suas espécies perante o direito interno e comparado. Para o exame das diversas espécies de prisão analisou-se então a autoridade judiciária competente, inclusive no direito comparado. São examinados também os princípios constitucionais relacionados à autoridade competente para decretar a prisão, destacando-se o devido processo legal, o juiz natural e a presunção de inocência. Em seguida, ao final, procedeu-se ao exame dos requisitos legais do mandado de prisão.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Prisão; Ordem de Prisão- autoridade competente; Formalidades.

ABSTRACT

The present dissertation directs our attention to a very important subject, which is the legality of the imprisonment, especially concerning the aspect of the competent authority to determine its detention, and in which situations it might occur, formalities that should be respected and/or other requirements demanded by our Great Letter (Carta Magna) or applicable legislation. The analysis was accomplished starting from the devices of the Federal Constitution of 1988, giving emphasis to the international agreements that were adopted, in Brazil, and the juridical impact that those might come to cause, especially the Pact of São José da Costa Rica, concerning human rights (and exceptionally the admissibility of the civil imprisonment for alimentary obligation), and the positioning of our superior Tribunals, utmost detaching the civil imprisonment. Especial attention was given to the conceptions of several imprisonment species in what refers to internal rights. Secondly, the competent judiciary authority was analysed in order to the several species of imprisonment to be examined. On the other hand, constitutional principles were also related to the competent authority to decree the referred imprisonment, standing out the due legal process, the natural judge and the innocence presumption principles. In conclusion, the examination of the legal requirements of the imprisonment order was proceeded.

Key-words: Penal Procedural right; Impriosonment; Imprisonment-order - Competent Authority; Legal requirements.

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado democrático de Direito, categoria modelo idealizada pela sociedade brasileira, as garantias e direitos fundamentais constituem-se no cerne normativo e das relações sociais. Dentre os direitos fundamentais, a liberdade humana insere-se com matiz de especial relevo, como primeiro direito do homem, como supremo bem jurídico e principal aspiração de proteção da humanidade.

Sob o fundamento da proteção social, porém, interfere o Estado no exercício do direito individual de liberdade, chegando em caso de condenação por crime ou mesmo durante seu processo, a retirar do homem o gozo desse direito fundamental. Se é justificável o balanceamento de direitos, admitindo a restrição da liberdade pelo dano social causado pelo criminoso, indispensável é que o Estado exercite essa reação sob os limites estritos da legalidade e frente à necessária proporcionalidade.

Assim é que na categoria jurídica de prisão, talvez o principal enfoque de garantia consista em verificar a autoridade competente para expedir tal ato.

Tendo o direito de liberdade proteção normativa de ordem legal, constitucional e internacional, inicia este trabalho com o estudo da moderna doutrina a respeito da incorporação dos tratados internacionais ao direito interno, sua hierarquia dentro da Carta Magna, e as principais conseqüências do impacto jurídico em nosso ordenamento jurídico.

Comparativamente, será examinada a integração das normas de direito internacional em outros países, e o posicionamento de nossos Tribunais superiores frente a esses conflitos de normas.

O exame da garantia de autoridade competente para a prisão, será desenvolvido pelo estudo da prisão dentro do direito processual penal e de suas diversas espécies, ressaltando em cada modalidade sua natureza jurídica, seus caracteres, e as relevantes questões de discussão acadêmica na busca de novos caminhos doutrinários.

Dentro dessa ordem de raciocínio, serão também enfocadas as formas de prisão frente aos princípios constitucionais correlatos, que serão objeto de análise, em especial o princípio do devido processo legal, o do juiz natural e o tão polêmico princípio da presunção de inocência, inclusive no direito comparado.

Um dos itens mais importantes a ser então examinado, refere o que se deva considerar por autoridade judiciária competente, vista a autoridade inicialmente sob o ângulo do direito administrativo e, após, com o desenvolvimento no direito processual penal, sempre partindo dos regramentos do processo penal constitucional, especialmente no que tange à ordem de prisão, que deve ser fundamentada e motivada, nas hipóteses expressamente previstas pelo ordenamento jurídico.

Finalmente, serão ressaltadas as conseqüências do ato processual de prisão por autoridade judiciária incompetente, em face das nulidades decorrentes da legislação constitucional e infraconstitucional, máxime em se tratando de violações à proteção da liberdade do indivíduo, como pressuposto da dignidade humana.

Não é o propósito deste trabalho trazer apenas a constatação de irregularidades cometidas nesse campo mas, sobretudo, examinar e ressaltar, como

alerta, o fato de que a legalidade da prisão, com seus contornos próprios e bem delimitados, deve-se constituir em espécie de ideário programático onde sejam respeitados, mutuamente, de um lado, o direito punitivo estatal, o *jus puniendi*, e de outro, em confronto, o *jus libertatis*, o sagrado direito à liberdade do indivíduo.

É do estudo das justificativas de prisão e das formalidades exigidas para a atuação estatal, que paradoxalmente será melhor protegida a liberdade do homem. É pela restrição do agir do estado-prisão, que melhor se protege a dignidade do homem livre.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 OBSERVAÇÕES INICIAIS

O objeto de nosso trabalho intitulado de ordem de prisão – autoridade competente para decretá-la - deve ser analisado, primeiramente, sob o ponto de vista constitucional, especialmente na parte em que a Carta Magna de 1988 cataloga uma série complexa de direitos e garantias fundamentais em seu Título I, especificando os direitos e deveres individuais e coletivos de que trata o artigo 5°, assegurando "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", explicitando-os em seus parágrafos e incisos, pormenorizadamente.

Quando se fala em temática de prisão legalizada não se pode olvidar das garantias acima mencionadas, e, primacialmente, observar o respeito aos direitos humanos, aos princípios do devido processo legal, da legalidade e de outros princípios limitadores do poder punitivo estatal.

Merecem destaque as inovações ocorridas no plano constitucional no que tange à abertura internacional, e, mais particularmente, aos instrumentos internacionais que sinalizam com uma nova ordem constitucional em relação aos direitos humanos.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, destaca a esse respeito a sua autorizada opinião, quando preleciona:

> As relações entre a Constituição e o direito internacional no plano das fontes de direito serão estudadas mais adiante. Em sede de princípios estruturantes, interessa revelar que

uma das idéias centrais da Constituição de 1976 foi a de afastar decididamente a arrogância do 'orgulhosamente sós' e de radicar o **princípio da abertura internacional** (cf. *supra*, Parte III, cap. 2). Este princípio, a que alguns autores chamam *princípio internacionalista,* está fundamentalmente plasmado no artigo 7° da Constituição referente às relações internacionais. A abertura internacional transporta várias dimensões. Aqui serão referidas as mais importantes. Significa, em primeiro lugar, a *inclusão* do Estado português na comunidade internacional, aceitando as dimensões fácticas e jurídicas da interdependência internacional. A abertura internacional pressuporá, indissoluvelmente, a *abertura da constituição* que deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional. A abertura internacional significa, em segundo lugar, a afirmação do *direito internacional* como direito do próprio país e o reconhecimento de alguns dos seus princípios ou regras como *medida de justiça,* vinculativa da própria ordem jurídica interna. Neste sentido se fala de *amizade para com o direito internacional*, conducente, em último termo, à idéia de *Estado internacionalmente limitado.* Em terceiro lugar, a abertura internacional aponta para a indispensabilidade de os poderes públicos constitucionalmente competentes tomarem *participação activa* na solução dos problemas internacionais (nas organizações internacionais, na defesa da paz e segurança internacionais, na defesa dos direitos humanos). Em quarto lugar, a abertura internacional pressupõe uma base antropológica amiga de todos os homens e de todos os povos (dignidade humana, direitos humanos) o que, entre outras coisas, justificará a adopção do *princípio do tratamento do nacional* em relação a estrangeiros e uma *política de asilo* solidariamente responsável. [1]

---

[1] CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 363.

Em seguida, há o interessante posicionamento do já acima mencionado e consagrado constitucionalista quando trata dos limites à abertura internacional, ocasião em que conclui que

> ... a abertura internacional e a abertura da Constituição, nos termos acabados de descrever, não são uma abertura para *qualquer* ordem internacional. Pelo contrário, é uma ordem internacional informada e conformada por determinados princípios a que se refere expressamente o artigo 7° da Constituição da República. A ordem internacional e as relações internacionais devem assentar em princípios intrinsecamente justos: o princípio da independência nacional, o respeito dos direitos dos homens, dos direitos dos povos, da igualdade entre os estados, de solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e progresso da humanidade (artigo 7°/1). A ordem internacional e a ordem constitucional interna interactivamente abertas são *ordens fundadas nos direitos humanos e nos direitos dos povos* e daí as declarações universais e as convenções internacionais garantidoras dos direitos do homem ao lado dos catálogos de direitos fundamentais inseridos nas constituições internas (cfr. Artigo 7°/1/2/3). A ordem internacional e a ordem constitucional interna são *ordens de paz* e de solução pacífica dos conflitos, o que justifica o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva (ONU, NATO, UEO) e a criação de tribunais internacionais (Tribunal Internacional de Justiça, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, Tribunal Penal Internacional).[2]

[2] Ob. cit. p. 363.

2.2 INTEGRAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

À vista do que ficou exposto no tópico anterior, preliminarmente, é de todo conveniente proceder-se uma breve análise daquele importante assunto que é o das garantias e direitos fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna e a incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em que o Brasil tenha sido parte, como estabelece o artigo 5°, §§ 1° e 2°, *in verbis*:[3]

> Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> § 1° - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> § 2° - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como se observa, constituem os tratados internacionais verdadeiras fontes do direito brasileiro, e, em especial, para os legisladores, operadores do direito processual penal e estudiosos dessa temática em geral, são eles significativos marcos sinalizadores e inspiradores da aplicação do Direito, bem assim da correta interpretação dos princípios e normas ali consagrados, cuja hierarquia é de ser considerada como sendo do mesmo nível das normas constitucionais, e, por

---

[3] SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara; FOLMANN, Melissa. **Constituição federal 1988 e convenções internacionais**. 10. ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 28.

conseguinte, em patamar superior ao das leis ordinárias, como se tentará demonstrar, mais adiante, no desenvolvimento desta apertada síntese contida na presente monografia.

Nesse sentido, o entendimento profligado por Roberto Delmanto Júnior, em sua obra a respeito das modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, objeto de sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ocasião em que acertadamente destaca: "Assim, eles constituem, (O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica), ao lado da Constituição da República, *fontes* de direito processual penal que se encontram, inclusive, em patamar hierarquicamente superior ao das leis ordinárias".[4]

Em decorrência disso, entende-se que não serão mais aplicáveis os dispositivos normativos do Código de Processo Penal, bem como as leis extravagantes que não estiverem em consonância com esses três diplomas legais supervenientes. Atente-se que somente poderão ser eivados de inconstitucionalidade aqueles que forem elaborados em data posterior à promulgação da atual Constituição e dos dois aludidos Pactos internacionais.

Como se sabe, o referido Pacto Internacional sobre Direitos e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução nº 2.200-A da XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. Posteriormente, foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 266, de

---

[4] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.16.

12.12.91, e, após, foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 592, de 6.7.92, onde se encontra atualmente transcrito.

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), por seu turno, foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, naquela cidade, em 22 de novembro de 1969.

No direito interno, foi ela "aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25.9.92, tendo o Brasil depositado sua Carta de Adesão, em 25.9.92", determinando-se seu fiel cumprimento por via do Decreto nº 678, de 6.11.92.

Observada a exigência constitucional no que respeita à necessidade de *referendum* parlamentar, segundo dispõe o art. 84, VIII, da Constituição da República, *in verbis:*

> Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> (...) *omissis*
>
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Cumpre esclarecer que esses dois documentos internacionais foram promulgados por via de decretos do Poder Executivo, e é de todo conveniente salientar que a nomenclatura atribuída a esses diplomas legais – pacto, tratado, convenção, protocolo, não tem qualquer influência sobre o caráter específico do

instrumento, de vez que tem sido demonstrado que, normalmente, cada termo não significa uma modalidade determinada de compromisso internacional.

Como se tentará demonstrar, são vários os preceitos contidos nesses textos que informam o processo penal, reafirmam o direito ao processo e delineiam os direitos do acusado no procedimento penal, e, inclusive, sobre as normas relativas à prisão, destacando-se os princípios do devido processo legal, do juiz natural, da presunção de inocência e o princípio da legalidade dentre outros que passam a integrar a Constituição Federal de 1988.

É oportuno dizer que tais diplomas tratam de uma série de *direitos fundamentais*, vale dizer, de direitos que se impõem perante o Estado, sendo muitos deles, inclusive, anteriores à sua própria criação, ou seja, supra-estatais.

Com acerto é a observação feita pelo referido autor Roberto Delmanto Júnior para quem:

> Esses direitos podem se dividir em duas classes: direitos fundamentais *assegurados* e direitos fundamentais *garantidos* pela *Magna Carta*. Os primeiros advêm de normas concernentes à liberdade, à igualdade e à democracia; os segundos se originam da garantia de instituições jurídicas como a família, o casamento, a propriedade, ou, ainda, "de órgãos estatais, ou paraestatais. [5]

À vista disso, o direito à vida, à liberdade e ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, por exemplo, são direitos fundamentais *assegurados* pela Constituição.

Enquanto que, ao lado daqueles direitos fundamentais, todos os direitos que visem também a proteger a própria instituição do Poder Judiciário, como um todo, abrangendo o processo penal (direito ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa, dentre outros,) serão tratados como *garantias constitucionais*.

A Constituição Federal de 1988 cataloga diversas disposições que se referem ao processo penal, garantidora das liberdades individuais, as quais têm eficácia imediata, a teor do parágrafo primeiro do *supra* citado artigo 5°.

Inicialmente, é de se salientar acerca das conseqüências jurídicas dos dispositivos convencionais no direito interno, eis que é sabido que a significação e o alcance dos tratados sobre proteção dos direitos humanos, de modo peculiar, deverão ser medidos igualmente por seus possíveis efeitos no direito interno dos Estados-parte. Às vezes, tais tratados impõem deveres que implicam na interação entre suas normas e as de direito interno, ocasionando um conflito entre elas.

No acertado posicionamento de Antonio Augusto Cançado Trindade:

> A incorporação a determinadas convenções de direitos humanos (como a Européia e a Americana) de dispositivos acarretando esta interação, como os que reconhecem o direito a recurso efetivo perante instâncias nacionais, teve por propósito ou efeito o de cautelosamente impedir a interpretação, de um modo ou de outro, de imunidade governamental como objeção a uma ação impetrada perante os tribunais nacionais

---

[5] DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 19.

> visando a reparação de supostas violações das Convenções de direitos humanos em questão.[6]

Há, assim, clara manifestação de coibir eventual imunidade governamental que poderia tentar obstaculizar qualquer ação de particulares perante os tribunais, em desrespeito às normas internacionais de proteção dos direitos humanos inseridas no direito interno.

A respeito da mesma matéria, é de se destacar a autorizada opinião de Flávia Piovesan, em sua excelente obra acerca desse tema: "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", sendo que no tópico referente à hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, a consagrada autora destaca que:

> a Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5°, §2°). (5). Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, § 36, previa: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota". A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.[7]

---

[6] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.15.

Como se verifica pelo mandamento constitucional acima mencionado, ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos internacionais", a *contrario sensu*, a Carta Magna de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil se torne parte.

É evidente que este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos, como já se salientou anteriormente, e com efeitos imediatos.

Assim, ao efetuar tal incorporação, a Constituição Federal de 1988 está conferindo aos direitos internacionais uma hierarquia especial, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Por conseguinte, tais direitos estabelecidos pelos tratados de direitos humanos em que o Brasil se torne ou venha a se tornar parte, passam a compor, portanto, o catálogo dos direitos constitucionalmente consagrados.

Esta conclusão deriva, ainda, de interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, especialmente, em razão da prevalência dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, tidos e havidos como parâmetros valorativos que visam a orientar uma melhor compreensão do complexo fenômeno constitucional.

É de se trazer, por oportuno, novamente, a ilustrada opinião de Antônio Augusto Cançado Trindade, o qual entende que:

---

[7] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 75.

> A novidade do art. 5°, (§2°) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.[8]

Nesse mesmo sentido, é conveniente trazer o posicionamento de renomado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho:[9]

> As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens internacionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas

---

[8] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

[9] CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p.18.

básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa européia', 'unidade africana'). Acentua, se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de 'Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais', no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional

exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencionalmente informador do Direito interno.

Por seu turno, o nosso constitucionalista José Afonso da Silva, em sua apreciada obra Curso de Direito Constitucional Positivo sustenta o caráter aberto da cláusula constitucional evidenciado pelo art. 5°, § 2°. quando afirma:[10]

> Levaremos em conta também a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no parágrafo 2° do art. 5°, declara que os *direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".* Daí, primeiramente, a divisão desses direitos individuais (deixemos as garantias para depois) em dois grupos: *direitos individuais expressos* e *direitos individuais decorrentes do regime.*

Para este constitucionalista, entretanto, os direitos individuais podem ser classificados em três grupos sob esse aspecto: *direitos individuais expressos*, que são aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5°; o dos *direitos individuais implícitos*, que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação em geral (art. 5°, II); e, por fim, o grupo dos *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, que

---

[10] SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.197.

"não são nem explícita e nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o *direito à resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori*". Por isso, entende o autor citado, que as categorias indicadas somente incluirão os direitos individuais expressos e implícitos conforme seu objeto imediato.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua respeitada obra "Comentários à Constituição brasileira de 1988" assim expõe:

> O dispositivo em exame significa simplesmente que a Constituição brasileira ao enumerar os direitos fundamentais não pretende ser exaustiva. Por isso, além desses direitos explicitamente reconhecidos, admite existirem outros, "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", incluindo também aqueles que derivam de tratados internacionais. Quais sejam estes direitos implícitos é difícil apontar. [11]

Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o citado § 2° do artigo 5° da nossa Magna Carta, assim conclui: "no Texto brasileiro não podemos notar aquela perspectiva aberta de que fala Canotilho, uma vez que a referência não é feita ao direito internacional geral, mas sim aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil".[12]

Esse autor justifica o seu posicionamento destacando que esta referência é de grande importância porque o citado dispositivo mandamental está a permitir

---

[11] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 88.

[12] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 396.

uma inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, fato que antes não era admitido no direito interno.

Em face disso, a doutrina dominante entendia necessária a intermediação de um ato de força legislativa a fim de possibilitar e tornar obrigatório à ordem interna um tratado ou convenção internacional.

Espera-se que essa referência do § 2° em questão surja ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias, o que deverá trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos do nosso direito.

A prosperar este entendimento, não será mais possível a sustentação da tese dualista, ou seja, a de que os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa.

Uma vez aceita a tese monista, será possível a invocação de tratados e convenções, nos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Congresso Nacional, de ato próprio com força de lei, objetivando a outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

Como se observa, a tendência da moderna doutrina é no sentido monista, valendo destacar que a responsabilidade dos agentes diplomáticos nessa questão é de transcendental importância, pois, irão participar na elaboração de um documento – tratado ou convenção internacional – com força legiferante e de aplicação imediata.

Finalizando, acerca da classificação anteriormente mencionada, Flávia Piovesan, propõe uma nova concepção em que:

> Acredita-se, todavia, que esta classificação peca ao equiparar os direitos decorrentes dos tratados internacionais aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Se estes últimos 'não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado', sendo direitos de difícil caracterização 'a priori', o mesmo não pode ser afirmado quanto aos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Estes direitos internacionais são direitos expressos, enumerados e claramente elencados, não podendo ser considerados direitos de difícil caracterização 'a priori'. Note-se que diversamente da cláusula aberta da Constituição portuguesa, que faz referência ao 'direito internacional geral', a Constituição brasileira faz referência específica aos tratados internacionais de que faça parte o Brasil. Propõe-se, nesse sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5°); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).[13]

Em face do que aqui foi exposto pela citada autora, especialmente quanto à classificação acima, que foi clara e consentânea com os objetivos propostos pelo seu trabalho, conclui-se que, por conseguinte, se os direitos chamados implícitos apontam para um universo de direitos de forma imprecisa, vaga e subjetiva, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo de forma clara, definida e com precisão objetiva de direitos.

---

[13] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São

No que diz respeito a estes últimos, cumpre examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil, a fim de que se possa delimitar, delinear e definir claramente o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.

Como se depreende, a nossa Constituição Federal de 1988 recepciona, destarte, os direitos que foram elencados e enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Vale dizer, admite-se que os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que necessariamente implica na idéia de, analogamente, aplicar a estes direitos o regime constitucional atribuído aos demais direitos e garantias fundamentais.

Como se vê, atualmente, é esta a interpretação que é mais compatível com o denominado princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Segundo o escólio do constitucionalista português Jorge Miranda para quem "a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo da capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição". [14]

Isto quer significar, segundo o autor, que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, ou da melhor forma possível

---

Paulo: Max Limonad, 2002. p. 81.

[14] MIRANDA, Jorge. **A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 260.

o real significado e sentido da proposição normativa dentro das condições ditas dominantes em uma determinada situação concretamente analisada.

Assim, pode-se concluir que, todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função muito útil dentro do ordenamento. A nenhuma norma constitucional deve-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a sua razão de ser, pelo que considerando-se os princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma, à norma constitucional é de ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma que venha a conferir direitos e garantias fundamentais.

Vale a pena transcrever a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, "é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais"[15]

Com isso, procura-se atribuir uma máxima efetividade aos princípios constitucionais, em especial ao princípio do art. 5°, § 2°, da Constituição Federal de 1988, ao se conscientizar nesta idéia de que os direitos constantes dos tratados internacionais passam a integrar o catálogo dos direitos constitucionalmente previstos.

Há que se acrescentar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em

---

[15] CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 227.

tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional.

Observe-se que a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, "b", da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal".

Entende-se, assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Este posicionamento jurídico está em consonância, segundo Flávia Piovesan: "com o princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional (o *pacta sunt servanda*) e que tem como reflexo o art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado".[16]

Em seguida, a mesma autora explana que: "à luz do mencionado dispositivo constitucional, uma tendência da doutrina brasileira, contudo, passou a acolher a concepção de que os tratados internacionais e as leis federais apresentavam mesma hierarquia jurídica, sendo portanto aplicável o princípio "lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível". Esta concepção compromete não apenas o princípio da boa-fé, mas constitui afronta à Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados".[17]

---

[16] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.83.

[17] ob. cit. p. 83.

Consoante se infere do seguinte entendimento jurisprudencial, desde 1977, bem antes da promulgação da atual Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, com base neste raciocínio, acolhe o sistema paritário que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Em conseqüência disso, aquela Suprema Corte concluiu ser aplicável o princípio de que a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Neste sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek:

> De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.

Neste tópico, com acerto, observa Flávia Piovesan, posicionando-se no sentido de que:

> Embora a tese da paridade entre tratado e lei federal tenha sido firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, sendo anterior portanto à Constituição de 1988, e refira-se ainda a tema comercial (conflito entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-lei n. 427 de 1969), constata-se ter sido ela reiterada pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1995, quando do julgamento, em grau de *habeas-corpus*, de caso relativo à prisão civil por dívida do depositário infiel.[18]

Observa-se, com efeito, que no julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.95), ao enfrentar a questão concernente ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do artigo 7º, VII, que proíbe a prisão civil por dívidas, salvo no caso de alimentos) no direito interno, o Excelso Pretório, em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que:

> ... inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no mesmo plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa

[18] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**.

Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...). Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (...) Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. (...) Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5°, parágrafo 2°, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5°, LXVII) – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. (...) A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado.

São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 86.

Abre-se um parêntesis para se dizer que este polêmico tema acerca da prisão civil por dívida, precipuamente no que tange ao enfoque dado pela orientação jurisprudencial da Excelsa Corte, procurará ser melhor detalhado no decurso deste trabalho, quando for analisada essa modalidade de prisão administrativa, que é a prisão civil.

Procura-se, nesta breve análise, no entanto, defender uma posição diversa, eis que se acredita, contrariamente, que, atribuir um grau hierárquico de nível constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável à vítima, significa dar uma interpretação que se situe em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia.

Trata-se de interpretação que está em perfeita harmonia com os valores prestigiados pela ordem jurídica implantada pelo constituinte de 1988, máxime com o preceito da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional.

A teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes uma garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional.

Como se inferiu do que foi explanado, os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 2, de setembro de 1982, em comentário trazido por Flávia

Piovesan: "Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição". Este caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos."[19]

Neste tópico, é importante trazer o lúcido entendimento do consagrado Luiz Flávio Gomes, para quem: "quando a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de um texto constitucional, possui status da mesma natureza; de outro lado, se a norma internacional reflete direito outro não previsto na Constituição, possui força de lei ordinária."[20]

Pode-se concluir, em síntese, que a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é decorrência da previsão constitucional do art. 5°, § 2°, da Carta Magna de 1988, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da aludida Carta, particularmente, da prioridade que é conferida aos direitos fundamentais, bem assim, ao preceito da dignidade da pessoa humana.

Vale destacar que esta opção do constituinte de 1988 se entende como plausível, em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, também, no entender de parte da doutrina, acima mencionada, da superioridade desses tratados no plano internacional.

---

[19] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 88.

[20] GOMES, Luiz Flávio. **A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos**. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, 1994. v. 83, nº 710. p. 30.

Ao final deste tópico, cumpre finalizar dizendo que, é neste contexto identificado pelas tendências das modernas Constituições latino-americanas em atribuir aos direitos e garantias internacionalmente consagradas um tratamento especial e diferenciado, que se insere a norma constitucional prevista no art. 5° § 2° da Carta acima citada, muito bem definido por Flávia Piovesan: "ao estatuir que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição brasileira de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos no universo dos direitos constitucionalmente consagrados."[21]

Abordando a importante questão referente à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, devemos sustentar a sua imediata aplicabilidade a teor da norma inserta no art. 5°, § 1°, referido anteriormente, como defende a citada autora Flávia Piovesan, para quem:

> A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes conseqüências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a estes mesmos direitos, sob pena de invalidação. Conseqüentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados. Neste sentido, a Carta de 1988 atribui ao

[21] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**.

> Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar mediante recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, 'quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência', nos termos do art. 105, III, "a". Isto é, cabe ao Poder Judiciário declarar inválida e antijurídica a conduta violadora a tratado internacional e, eventualmente, a depender do caso, cabe a esse Poder a imposição de sanções pecuniárias, em favor da vítima que sofreu a violação a seu direito internacionalmente assegurado.[22]

Como se poderá deduzir, em resumo, no que tange aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988 nos termos do art. 5°, § 1°, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista, que é defendida dentro deste breve estudo da matéria. Acresce dizer, como já salientado anteriormente, que a Magna Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5° § 2°. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é, todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados tradicionais.

No que respeita a estes últimos, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, (como bem destacado por Luiz Flávio Gomes no tópico anterior), de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um decreto expedido pelo Poder Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano do direito interno. Destarte, no que se refere aos demais tratados tradicionais, que dispõem sobre outros direitos não

---

São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 98.

[22] Ob. cit. p. 99.

expressamente previstos na Constituição, somente, então, acolhe-se a sistemática dualista.

Ainda no que tange a estes tratados tradicionais e nos termos do art. 102, III, "b" da nossa Carta Magna, o texto lhes atribui natureza de norma infraconstitucional, *in verbis:*

> Art. 102 – Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> (...)
>
> III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
>
> (...)
>
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;[23]

Como visto, adotou-se o sistema misto que foi propugnado pela Constituição Federal de 1988, que combina, por assim dizer, regimes jurídicos diversos, sendo um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos e o outro aos demais tratados em geral. Ao mesmo tempo em que, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos é conferida uma hierarquia constitucional e têm aplicação imediata, a teor do art. 5°, §§ 1° e 2°, da Magna Carta de 1988, aos demais tratados e convenções tradicionais é atribuída a hierarquia infraconstitucional e de aplicação não-imediata, por força do art. 102, III, "b" da Carta Magna de 1988 e da falta imprescindível de dispositivo constitucional que lhes assegure aplicação imediata.

---

[23] SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara; FOLMANN, Melissa. **Constituição federal 1988 e convenções internacionais**. 10. ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 82.

Como já visto em tópicos anteriores, é de se acrescentar que a sistemática de incorporação automática adotada pela Constituição brasileira no que tange aos tratados de direitos humanos tem sido uma tendência de algumas Constituições contemporâneas. Pode-se citar o caso da Constituição portuguesa de 1976, que determina que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

Cuida-se, especificamente, do fenômeno da "*recepção automática*" das normas do direito internacional pelo direito português, mediante o qual estas normas são diretamente aplicáveis pelos tribunais e outras autoridades encarregadas de aplicar o direito naquele país. Através da recepção automática, as normas de direito internacional entram em vigor no direito interno português ao mesmo tempo em que adquirem vigência na ordem internacional, não se exigindo qualquer transformação em lei ou outro ato de direito interno português a fim de que sejam incorporadas no ordenamento jurídico lusitano.

É de todo conveniente, neste aspecto, transcrever o dispositivo constitucional lusitano trazido por Flávia Piovesan, no verbete 130, em nota de rodapé:

> O art. 8° da Constituição da República Portuguesa dispõe: "1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram

> diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos".[24]

A esse respeito é de se destacar a sistemática diferenciada do direito português, segundo nos ensina José Joaquim Gomes Canotilho:[25]

> A Constituição estabeleceu o princípio de que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português (cfr. art. 8°/1). Trata-se de uma fórmula oriunda do projecto da Constituição de Weimar e geralmente interpretada como pretendendo significar que o direito internacional faz parte do direito interno (cfr. a velha fórmula de Blackstone, freqüentemente citada – *international law is part of the law of the land*). Independentemente dos problemas que a fórmula adoptada pode levantar no domínio das relações entre o direito internacional e o direito interno, designadamente a questão do monismo ou do dualismo e o problema do primado do direito interno ou do direito internacional, parece poder afirmar-se ter a Constituição consagrado a doutrina da recepção automática das normas do direito internacional geral ou comum.

Abre-se aqui um espaço para trazer à colação, importante posicionamento doutrinário de Jorge Miranda, em sua obra "A Constituição de 1976": [26]

> Embora se trate de questão bem diversa, o modo como a Constituição encara as relações de ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica internacional vem a ser em certa

---

[24] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 106.

[25] CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 899.

medida, revelador da concepção de independência nacional de que ela parte. E não deixa de ser elucidativo recordar que, na vigência da Constituição de 1933, a tese, aliás minoritária segundo a qual chegou a ser sustentada o seu nacionalismo político apontaria para soluções dualistas. Ora, se dúvidas havia à face da Constituição anterior sobre esta questão, hoje torna-se extremamente difícil, quanto a nós, contestar que o Direito Constitucional português consagra o monismo com primado do Direito Internacional – ou seja, a integração sistemática da ordem interna e da ordem internacional, com prevalência do Direito Internacional – e consagra como processo técnico que melhor com esse princípio se conjuga a relevância ou recepção geral plena das normas internacionais – ou seja, a automática vigência das normas internacionais, enquanto tais e de harmonia com seu título, sem acepção de matérias, na ordem interna, desde que vinculem o Estado na ordem internacional.

Mais adiante, continua o acima citado constitucionalista lusitano:[27]

O nº 1 do art. 8º estabelece que as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. É preceito idêntico ao do art. 25º da Constituição federal alemã (embora falte a expressa declaração de prevalência sobre as leis) e semelhante a preceitos paralelos (explícitos ou implícitos) do Direito constitucional britânico e de numerosas Constituições, que a jurisprudência e a doutrina interpretam no sentido da recepção automática ...

Conclui o mesmo autor:[28]

---

[26] MIRANDA, Jorge. A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 297.

[27] ob. cit. p. 299.

[28] ob. cit. p. 301.

> As normas de Direito Internacional convencional têm valor superior ao das leis (a despeito de a Constituição, ao contrário de outras, não o explicitar): desde que vinculem e enquanto vincularem internacionalmente Portugal, não poderão ser suspensas, modificadas ou infringidas por nenhuma norma de Direito interno português. Ocorrendo contradição, a lei será materialmente inconstitucional.

Finalmente, voltando à matéria anteriormente discutida, no tópico seguinte em que a citada autora Flávia Piovesan analisa o impacto jurídico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito interno brasileiro, enaltece ela a hipótese em que o enunciado do tratado internacional contrariar preceito do Direito interno, interessando-nos sobremodo a questão da prisão civil por dívida:

> Resta, por fim, avaliar qual o impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. Esta análise remete a toda e qualquer possível conseqüência jurídica decorrente da incorporação de normas internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno.

Efetivamente, a hipótese acima que maior repercussão jurídica pode causar é aquela que contrariar preceito no direito interno, e, para o objetivo deste trabalho, a que se refere à prisão civil por dívida, de modo especial, a do depositário infiel e a do devedor fiduciante a ele equiparado.

A citada autora, abordando essa questão intrincada destaca, na seqüência:[29]

> Outro caso a merecer enfoque refere-se à previsão do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ao dispor que "ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual". Enunciado semelhante é previsto pelo art. 7° (7) da Convenção Americana, ao estabelecer que ninguém deve ser detido por dívidas, acrescentando que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos e, virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Como se pode recordar, o Brasil ratificou ambos os instrumentos internacionais em 1992, sem efetuar qualquer reserva sobre a matéria, pelo que tais instrumentos têm aplicabilidade imediata e fazem parte do catálogo de direitos e garantias definidos constitucionalmente (art. 5°, §§ 1° e 2° da CF/88). Como se sabe, a referida Carta constitucional de 1988, no seu art. 5°, inciso LXVII, determina que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel".

Em face disso, depreende-se que a Constituição brasileira consagra o princípio da proibição da prisão civil por dívidas, salvo duas exceções: a hipótese do inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Como bem salientado por Flávia Piovesan:

---

[29] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 117.

> Observe-se que, enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos não prevê qualquer exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívidas, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Ora, se o Brasil ratificou estes instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, é de se questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel.

Como já afirmado em outro tópico, deve-se atender neste passo ao critério da prevalência da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, pelo que é de se concluir que merece ser afastada qualquer hipótese de prisão do depositário infiel, por ser inconstitucional, atribuindo-se prevalência à norma do tratado internacional. Observe-se que se a situação fosse inversa – se a norma constitucional fosse mais benéfica que a normatividade internacional – aplicar-se-ia a norma constitucional, nada obstante os aludidos tratados tivessem hierarquia constitucional e tivessem sido ratificados após o advento da Constituição brasileira.

À vista do que ficou exposto, pode-se afirmar que as próprias regras interpretativas dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos apontam para essa direção, quando afirmam que os tratados só se aplicam se ampliarem e estenderem o alcance da proteção nacional dos direitos humanos.

Comenta-se com maiores detalhes de doutrina e jurisprudência o posicionamento supra da renomada autora Flavia Piovesan, ao se analisar o tópico relativo à prisão civil por dívida.

É interessante trazer a opinião sobre o assunto de Fauzi Hassan Choukr, comentando sobre os "Informes Nacionales – Brasil", na conhecida obra de Julio

B. J. Maier, Kai Ambos e Jan Woischnik – "Las Reformas Procesales Penales en América Latina" – em que o referido autor destaca:[30]

> Há de ser colocado em destaque final, e como fruto direto do atual modelo constitucional, a adoção dos Tratados internacionais que versem sobre direitos humanos como fonte legislativa a reger o processo penal (e outros campos também, por certo). Isto se deve ao contido no art. 5° § 2° da Constituição de 1988, com a seguinte redação: "§ 2° Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Que se trata de fonte legal isto é inegável. O que a doutrina e a jurisprudência divergem é quanto ao "status" dessa norma em relação ao direito interno. Muito embora pela redação da Constituição possa-se interpretar corretamente que se tratam de verdadeiras normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido de maneira diversa, alçando-as à posição de normas de legislação ordinária. Ainda assim é um avanço, porque o Código, sendo de 1.942, acaba sendo revogado naquilo que confrontar com essas normas.

Os autores platinos Fabricio Guariglia e Eduardo Bertoni, destacando as fontes do Direito Processual Penal Argentino, conferem aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados à Constituição argentina, que forem aprovados pelo Congresso Nacional e subscritos pelo Poder Executivo, hierarquia de regras constitucionais, como se depreende a seguir:[31]

---

[30] AMBOS, Kai, et al. **Las reformas procesales penales en América Latina.** Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000. p. 125.

[31] ob. cit. p. 49.

"2. Síntesis del procedimiento tradicional y todavia vigente y su adecuación a los principios anteriores.

2.1 – Fuentes del Derecho procesal penal argentino

La única fuente del Derecho procesal penal argentino es la *ley*. Debido a su indudable filiación europeo-continental, se trata de un Derecho procesal penal formalizado, originado en leyes emanadas de los órganos legislativos competentes. En la cúspide la pirámide de fuentes normativas del Derecho procesal penal se encuentran las disposiciones aplicables de la C. N. (normas referidas a la organización judicial – ej., art. 118 – y normas que consagran derechos y garantías individuales – ej., C. N., 18 -). Junto a ellas se encuentran los tratados suscriptos por la República Argentina (aprobados por el Congreso Nacional y ratificados por el Poder Ejecutivo Nacional), fuente también de Derecho procesal penal com el mismo rango que la ley procesal penal nacional (C.N., 31 y 75, inc. 22). Los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina han sido incorporados al texto constitucional (C. N., 75, inc. 22), por lo que su jerarquía es idéntica a la de las reglas constitucionales. Las fuentes legales comunes del Derecho procesal penal de la Nación son: el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984, 1991, modificado por leyes 24.825 y 24.826, (...). La jurisprudencia y la doctrina no revisten carácter de fuente, sino que, antes bien, de ellas emanan proposiciones interpretativas acerca de la validez, vigencia y alcance de las normas procesales. Un problema particular del Derecho procesal penal federal lo constituye el carácter obligatorio de la jurisprudencia plenaria de la C.N.C.P. (ley 24.050, art. 11) para los tribunales inferiores, que vuelve general y vinculante la interpretación de este tribunal de preceptos legales, cuya constitucionalidad es altamente cuestionable, en la medida en la que afectan la independencia interna de los magistrados, al imponerles como obligatoria una determinada interpretación de la ley: aquélla emanada del tribunal superior (C.N.C.P.).

Finalizando este tópico, é muito oportuno trazer o entendimento doutrinário do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, acerca do tema relativo aos tratados e acordos internacionais, na questão do seu controle de constitucionalidade, em sua obra "Emendas à Constituição de 1988" :[32]

> Parece não haver dúvida quanto à possibilidade de apreciação, no juízo abstrato de constitucionalidade, de tratado ou convenção. Cumpre consignar, todavia, entendimento pacífico na doutrina segundo o qual o vício de inconstitucionalidade pode acarretar a nulidade das normas internas de aprovação, ratificação e promulgação, mas não do tratado, que continua perfeitamente válido na ordem internacional. Na ordem interna, uma vez declarado incompatível com a Constituição, a questão se resolve com a não-aplicação. Nesse caso, deverá a União denunciar o tratado, ou seja, manifestar seu desejo de romper o compromisso, sujeitando-se eventualmente às sanções impostas pelo direito internacional.

---

[32] BASTOS, Celso Ribeiro. **Emendas à constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 27.

3 PRISÃO

3.1 ETIMOLOGIA

O vocábulo prisão, s. f. vem do latim "prensione" (m) < "prehensione" (m) – Acção ou resultado da acção de prender; cadeia; cárcere; captura; (fig.) – corda ou vincelho, com que se prende; o cabresto das bestas; coisa que enleia ou cativa; sugestão ou laço das paixões humanas; embaraço da acção ou movimentos; peia; obstáculo; tudo aquilo que encanta, seduz ou cativa.[33]

3.2 CONCEITO

O conceito de prisão é muito abrangente, ora significando a própria clausura de alguém, ora querendo restringir a sua idéia ao cárcere ou cadeia, ou, ainda, a própria pena privativa de liberdade.

O vocábulo prisão quer igualmente significar, por vezes, como sinônimo de reclusão e detenção; ou o ato de captura – nos casos de flagrante delito ou nas hipóteses de cumprimento de mandado judicial – bem como a custódia, vale dizer, recolhimento da pessoa ao cárcere. Usualmente, os termos captura e custódia têm sido empregados em substituição ao termo prisão.

---

[33] FONTINHA, Rodrigo. **Novo dicionário etimológico da língua portuguesa**. Porto/Portugal. Editorial Domingos Barreira. 1424 p.

3.3 DIREITO COMPARADO

3.3.1 Itália

Dentre os autores estrangeiros, sobre a noção de prisão ou coerção pessoal, tal como lá é aplicado, é de se destacar a autorizada palavra de Vincenzo Manzini, em sua famosa obra "Tratado de derecho procesal penal" Tomo III, quando preleciona:[34]

> La coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal. Ya hemos hecho notar que hay casos en que esta coerción está también establecida para la represión de hechos contrarios a la disciplina o a la policía procesal (vol. I, ns. 102, 103). Pero ahora sólo se toman en consideración aquellas hipótesis en que la coerción personal está admitida para la consecución de finalidades procesales positivas y esenciales, y no meramente negativas o de orden. El interés predominante que determina la aplicación de las providencias de coerción personal de que se trata, es el de *asegurar la presencia del imputado en los actos del proceso,* y eventualmente la de su disponibilidad para la ejecución de la condena. Sin embargo, aquel de quien se sospecha puede prevenir la actividad del magistrado *presentándose voluntariamente* (véase vol. IV, n. 393) (1), lo que, por lo demás, no quita que esse mismo magistrado tenga el deber o la facultad de emitir igualmente las providencias de coerción personal, que la ley imponga o consienta. Normas precisas e inextendibles regulan esta materia, que contempla los más

---

[34] MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. (Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano, 3ª ed. aggiornata e acresciuta, volumen tercero.-Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1949). Tomo III. Los actos del proceso penal. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996. p. 554.

> delicados y celosos intereses individuales, y en la que se actúa la garantia sancionada en el art. 13 de la Constitución, que declara: 'la libertad personal es inviolable. No se admite forma alguna de detención, inspección o perquisición personal, ni ninguna outra restricción de la libertad personal, sino por acto motivado de la Autoridad judicial y en los solos casos y modos previstos por la ley".

Como se depreende do texto acima do processualista e penalista italiano, Vincenzo Manzini, o interesse predominante que determina a prisão de uma pessoa, é aquele que visa a assegurar a sua presença nos atos do processo, ainda que, a sua presença voluntária pudesse vir a impedir essa faculdade ou dever do magistrado. Cumpre acrescentar, que essa coerção pessoal, somente se justifica por ato motivado do juiz, em respeito à liberdade individual que é inviolável.

Em interessante anotação de rodapé, o mesmo autor destaca:[35] "Esta garantía constitucional, ya declarada en el art. 26 del Estatuto albertino, se hace remontar, en su concepto actual, a la *Carta Magna* inglesa, art. XXIX: "Nullus liber homo capiatur vel imprisionetur . . . aut utlagetur, aut exulet, aut aliquo modo destruatur, nisi per legale iudicium parium suorum, aut per legem terrae".

Como se percebe, aqui se encontram as premissas do princípio do devido processo legal, originado da Magna Carta de João sem Terra, em 1215. Continua o mesmo autor:

> Pero era ya reconocida por el derecho romano C. 3, 2 : "Nullius in carcere, priusquam convincatur, omnino vinciatur [nadie sea encarcelado y puesto en cadenas antes de que

---

[35] MANZINI, Vincenzo. ob. cit. p. 555.

se lo tenga convicto]"; C. 3, 3: "Neminem in iudicio exhibendum esse praecipimus, nisi de eius exhibitione iudex pronuntiaverit, etc. [Ordenamos que a nadie se la haga comparecer en juicio sin que el juez haya pronunciado acerca de su comparecencia] , etc.". El principio se encuentra también claramente reconocido en el Edicto de Teodorico, c. VIII: "Sine competentis iudicis praecepto nullus ingenuorum sustineat detentionis iniuriam, aut ad iudicium deducatur vel in privato habeatur cuiuslibet praesumptione custodia [Sin um precepto del juez competente nunguno de los libres sufra la injuria de una detención, o sea llevado a juicio, o sea tenido particularmente en custodia por presunción de cualquier cosa]". Varias aplicaciones de este mismo principio se encuentran en nuestro derecho intermedio.

Como se vê, havia já uma idéia não só do princípio do devido processo legal, mas, também, da menção da convicção de culpabilidade do imputado, que já é um resquício do princípio da presunção de inocência, - quando se fala em ingênuo e livre – bem como da idéia da autoridade judicial competente.

Finalmente, conclui o consagrado autor italiano: "La coerción personal de que tratamos se efectúa, ya mediante imposición de la obligación coactiva; ya mediante acompañamiento forzoso; ya mediante detención (captura, arresto, detención, custodia preventiva). La 'encarcelación'se refiere a la ejecución."

Pelo que ficou acima exposto, também no direito italiano se distingue as espécies de prisão, sendo as primeiras sob as diversas formas de imposição da obrigação coativa, acompanhamento forçoso, também chamada de retenção, ou outras modalidades de detenção, as quais são de caráter processual, enquanto que o "encarceramento" se aplica nos casos de execução, o que pressupõe uma

sentença penal condenatória irrecorrível, vale dizer, a prisão-pena como é conhecida entre nós.

3.3.2 Alemanha

Analisando as medidas coercitivas e ingerências nos direitos fundamentais, o famoso penalista e processualista alemão, Claus Roxin, em sua obra "Derecho Procesal Penal" assim se posiciona:[36]

> Para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual* y, por cierto, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal. Al aseguriamento del *proceso de conocimiento* sirven, p. ej., la presencia forzosa del acusado en el juicio oral a través de la detención provisional o por medio de la ejecución forzosa de una orden de prisión y la quizá necesaria conducción coactiva de un testigo contumaz a su interrogatorio o el secuestro de medios de puebra materiales, p. ej., de los libros de comercio de un comerciante. Para el aseguriamento de la *ejecución penal* sirven, p. ej., la detención del condenado que se encuentra en libertad y que no há obedecido la citación para la iniciación de la pena (P. 457, II y III), o el uso de armas en el intento de fuga de un preso o el secuestro de objetos que están sujetos al comiso, p. ej., del fusil de un cazador furtivo.

Em esclarecedora anotação de rodapé, o consagrado Professor da Universidade de Munique, acima mencionado, distingue doutrinariamente:[37]

---

[36] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Tradução: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier (Título original: Strafverfahrensrecht, 25ª edición, completamente renovada, de la obra iniciada y continuada hasta la 8ª edición (1967) por Eduard Kern. Editorial Beck, Munich, 1998). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2001. p. 249.

> Para una clasificación diferenciadora de los medios de coerción según su función procesal (según la cual um medio de coerción tiene, com frecuencia, distintas funciones) se puede distinguir seis fines distintos (SCHROEDER, 1985) : investigación, aseguriamento de las pruebas, comprobación de los presupuestos procesales, aseguriamento de la posibilidad de realización del procedimiento, aseguramento de la ejecución de la sentencia y prevención de hechos punibles.

Cumpre observar, como se depreende do posicionamento acima adotado pelo já citado autor alemão, que as seis finalidades distintas, segundo as funções processuais que informam a coerção pessoal, abarcam as hipóteses de medidas cautelares detentivas impostas no curso do processo, e, desde antes da instauração deste já na fase investigatória; e, após esta, durante a instrução criminal – assemelhado aos fundamentos e pressupostos da prisão preventiva em nosso direito (artigo 312 do CPP) –; mas, também, nos casos de comprovação dos pressupostos processuais, o que para nós, é novidade. Além dessas, o sistema processual penal alemão abrange as hipóteses de asseguramento da execução da sentença, entendendo-se esta transitada em julgado, bem assim, finalmente a prevenção de fatos puníveis, dando a entender que se trata de fundamento ligado à hipótese em que se procura evitar que o próprio acusado volte a delinqüir, e não como caráter intimidatório e de prevenção geral.

Entre nós, atualmente, o processualista penal Fernando da Costa Tourinho Filho, tem se destacado no campo doutrinário deste tema, consagrando-o como um

---

[37] ROXIN, Claus. ob. cit. p. 249.

dos expoentes de nossa literatura jurídica, sem demérito algum para outros escritores pátrios, que, igualmente com denodo e proficiência, se ocupam dessa espinhosa missão de procurar transmitir, didaticamente, aos operadores do direito e estudiosos da matéria em geral, as noções fundamentais do direito processual penal.

Consoante o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho: "Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a denominada prisão-albergue, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatória." [38]

3.4 ESPÉCIES DE PRISÃO

Costuma-se distinguir doutrinariamente, duas espécies de prisão: prisão-pena e prisão sem pena. A primeira decorre da imposição de uma pena privativa de liberdade determinada em sentença penal condenatória irrecorrível, ou, em aresto prolatado pelos tribunais. A segunda, também conhecida como prisão processual, deflui da prisão em flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvante os casos de transgressão militar ou

---

[38] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 373.

crime propriamente militar definidos em lei, conforme o preceito constitucional federal estatuído pela norma inserida no artigo 5°, inciso LXI, *in verbis:*[39]

> 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;

3.4.1 Prisão Definitiva (prisão-pena)

Segundo o preciso ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho na mesma obra já citada anteriormente pode-se conceituar a prisão definitiva, a saber:[40]

> A prisão-pena (prisão *ad poenam*) é o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de uma infração penal. Ela é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada. Sua finalidade é manifestamente preventiva: se o cidadão comete uma infração penal sujeita à pena privativa de liberdade, proferida sentença condenatória, deverá ele ser segregado, afastado do convívio social, como retribuição pelo mal cometido. Essa prisão *ad poenam,* isto é, resultante de sentença penal condenatória, se apresenta no nosso Direito sob várias formas: a) pena de reclusão e pena de detenção, previstas no CP; b) prisão simples, disciplinada na Lei das Contravenções Penais; c) prisão referida no art.240 do

---

[39] SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara; FOLMANN, Melissa. **Constituição federal 1988 e convenções internacionais**. 10. ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 26 .

[40] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 374.

CPPM e, finalmente, a prisão especialíssima dos jornalistas, de que cuida o parágrafo único do art. 66 da Lei n. 5.250, de 9-2-1967.

Na seqüência pode-se destacar as espécies de penas definitivas previstas pelo legislador penal pátrio previstas pelo art. 32 do referido Código Penal: a pena de reclusão e a pena de detenção, esclarecendo-se que na Justiça Comum, a pena de reclusão é a mais severa e, por isso mesmo, cominada aos delitos mais graves.

Entretanto, sabe-se que a reforma penal de 1984 abrandou-a sensivelmente. Ela deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. *Regime fechado* é aquele em que a execução da pena privativa de liberdade se faz em estabelecimento de segurança máxima ou média. Quando a execução da pena privativa de liberdade se faz em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, denomina-se o de *regime semi-aberto*. *Regime aberto,* quando se faz a execução em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Quando a pena de reclusão imposta na sentença for superior a 8 anos, o condenado *deverá* começar a cumpri-la em regime fechado (Penitenciária, Casa de Detenção, Cadeia Pública).

Dependendo do seu comportamento, da sua maior ou menor periculosidade, poderá ele passar para o regime semi-aberto e, por último, para o regime aberto. Tudo dependerá do mérito do próprio condenado, cujo sistema é chamado de *progressivo.*

Como se pode inferir do disposto nos artigos 33 e seguintes do Código Penal, nos casos em que a pena de reclusão imposta for superior a 4 anos e não exceder a 8, não sendo reincidente o condenado, dependendo da maior ou menor reprovabilidade da sua conduta, da sua vida pregressa, da sua personalidade,

conseqüências do crime, motivos e circunstâncias do crime (que deverão ser analisados pelo magistrado na dosimetria da pena na forma prevista pelos arts. 59 e 68 do Código Penal), poderá o cumprimento da pena começar pelo regime *semi-aberto* e terminar no *aberto*, tudo dependendo do comportamento do preso. Sendo reincidente, nada obstante a pena não exceda a 8 anos, esta será iniciada no regime *fechado* e, *progressivamente*, poderá terminar no *aberto*. Nas hipóteses em que a pena imposta for igual ou inferior a 4 anos, não sendo reincidente, será cumprida integralmente no regime *aberto*. Sendo-o, o cumprimento será iniciado no regime fechado, passa para o semi-aberto e termina no aberto, tudo dependendo, como é óbvio, de sua conduta.

Cumpre esclarecer, ainda consoante as normas da legislação penal acima aludidas, que no *regime fechado,* o condenado ficará submetido a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. O trabalho será em comum, dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado. Muitos têm se dedicado a trabalhos de artesanato, sendo que o produto da venda será revertido em proveito próprio. Será possível o trabalho externo em serviços ou obras públicas.

Na hipótese de *regime semi-aberto,* o condenado ficará submetido a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. É admissível o trabalho externo bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Nestes casos, dependerá do grau de aceitação da própria comunidade, que

normalmente tem preconceitos com os sentenciados, especialmente, aqueles que cumprem pena por delitos contra o patrimônio.

Finalmente, de acordo com as normas estabelecidas para o *regime aberto,* o condenado deverá (mercê do seu mérito aferido no sistema progressivo, se for o caso), fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Agora, no que tange à pena de detenção, mais branda, e imposta para crimes menos graves, os condenados devem cumprir a pena, em regime *semi-aberto,* nas seguintes hipóteses: a) qualquer que seja a quantidade da pena, se reincidentes; b) se primários, desde que a pena seja superior a 4 anos, a teor do disposto no art. 33, *caput,* e § 2°, letra *b* do Código Penal.

Finalmente, cabe analisar a chamada prisão-pena na hipótese de contravenção que é a única pena restritiva de liberdade denominada de "prisão simples", sendo que nos termos previstos pelo art.6° da Lei das Contravenções Penais, deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

É de se esclarecer, que, na prática, pela pouca ou nenhuma gravidade que apresenta a contravenção, normalmente o Juiz prolator da sentença converte a prisão simples em multa, ou simplesmente em pena restritiva de direitos.

Ainda, convém ressaltar, de acordo com o art. 114 da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta Lei.

Consoante a regra do art. 115 da citada lei específica, *in verbis*

... poderá o Juiz estabelecer determinadas condições para a concessão do regime aberto, sem prejuízo destas, que são obrigatórias: 1) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; 2) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; 3) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; 4) comparecer a juízo, para informar e justificar suas atividades, quando for determinado.

Em situações especiais, o art. 117 da LEP (Lei de Execuções Penais) permite que o regime aberto seja cumprido pelo beneficiário na própria residência, *in verbis:*

... quando se tratar de:

I - o condenado for maior de 70 anos;

II - o condenado for acometido de doença grave;

III - tiver a condenada filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - for a condenada gestante.

É oportuno, a esse respeito, trazer a indagação de Fernando da Costa Tourinho Filho: "E perguntamos nós: e se na cidade não houver Casa de Albergado ou estabelecimento adequado? Evidentemente que o condenado não tem nenhuma culpa em face da inércia do Governo em não diligenciar a construção da Casa do Albergado. Logo, é lícito, também, que nessa hipótese ocorra o recolhimento na própria residência."[41]

Em nosso Estado, segundo a opinião autorizada de Maurício Kuehne, em sua obra "Doutrina e Prática da Execução Penal", o cumprimento das penas-locais podem ser efetivados nos seguintes estabelecimentos:[42]

1. Regime fechado:

a) Penitenciária Central do Estado do Estado do Paraná

b) Penitenciária Estadual de Londrina

c) Prisão Provisória de Curitiba e Cadeias Públicas (situação conjuntural, devido à superpopulação carcerária)

d) Penitenciária feminina do Paraná

2. Regime semi-aberto:

a) Colônia Penal Agrícola do Paraná

b) Colônia Penal Agro-industrial de Tamarana

c) Penitenciária Feminia de Regime Semi-aberto do Paraná

Regime aberto:

---

[41] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. p.380.

[42] KUEHNE, Maurício. **Doutrina e prática da execução penal**. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: Juruá, 1995. p. 31.

a) Casa de Albergado ou local que for designado (à falta da Casa de Albergado, situação anômala, prisão albergue domiciliar, posto que o beneficiário com tal regime não pode ser mesclado aos demais internos, consoante normas da LEP).

Obs. : 1) A maioria das Comarcas não dispõem de Casas de Albergado, e a Lei está sendo violada através de outras normas, como o recolhimento na própria residência, daí porque entendemos que os diversos Juízos (Promotor, Juiz, etc.) devem procurar viabilizar junto com a administração pública a construção de tais Casas, posto que a prisão domiciliar está sendo aplicada, consoante dissemos, em afronta à Lei, por situação também conjuntural, quando se restringe a 4 hipóteses o recolhimento domiciliar (art. 117, LEP). O local em questão também se destina ao cumprimento da pena restritiva consistente em limitação de fim de semana.

2) Quanto às contravenções:

"A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto". **(HC 69.971-5 – STF – DJU 23/4/93, p. 6.922).**

3) O Decreto Estadual referido menciona, ainda, como estabelecimentos penais: *

a) Centro de Observação Criminológica e Triagem;

b) Complexo Médico-Penal do Paraná. Neste complexo está sediado o Manicômio Judiciário, para o cumprimento de Medida de Segurança, de caráter detentivo. (Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, segundo a LEP).

* V. Decreto Estadual-PR, nº. 2.537, 02.09.03 – apêndice.

3.4.2 Prisão sem Pena

O citado processualista Fernando da Costa Tourinho Filho, conceitua:[43]

---

[43] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**.18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 380.

Ao lado dessa prisão-pena, isto é, prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, temos ainda a prisão sem pena, que, como o próprio nome está a indicar, não deflui de condenação. Tal modalidade de prisão, entre nós, é de imensa variedade, cuja classificação não apresenta uniformidade. Temos, por exemplo, a prisão civil, assim denominada não só porque decretada pelo Juiz do cível como também pelo fim a que visa, nas hipóteses previstas nos arts. 35, 37, 60, § 1°, e 69, §§ 5° e 7°, da Lei de Falências; quando ocorrer a hipótese do art. 733 e §. 1° do CPC; a prisão do depositário infiel, prevista no art. 1.287 do CC e no art. 904, parágrafo único, do CPC; a prisão do retentor de título prevista no art. 885, parágrafo único, do CPC; a prisão cautelar de natureza administrativa tratada nos arts. 69 e 81 da Lei nº 6.815, de 19-8-1980 (Estatuto dos Estrangeiros), pertinentes à expulsão e extradição; a prisão cautelar de natureza constitucional prevista no art. 139, II, b, da CF, admitida durante o estado de sítio; e a prisão cautelar de natureza processual que se apresenta sob cinco modalidades:

a) – prisão em flagrante;

b) – prisão preventiva *stricto sensu;*

c) – prisão temporária;

d) – prisão resultante de pronúncia; e,

e) – prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Há, todavia, quem prefira denominar prisão compulsiva as previstas nos arts. 35, 37, 60, § 1°, e 69 §§ 5° e 7°, da Lei de Falências, e as referidas nos arts. 733 § 1°, 885, parágrafo único, 904, parágrafo único, do CPC. Compulsiva seria, também, a prevista no art. 50 do Ccom. E a denominação compulsiva deriva da circunstância de ser ela cominada à abstenção de determinado ato.

Fernando da Costa Tourinho Filho destaca um espaço a respeito da prisão cautelar de natureza processual: [44]

> Para o nosso estudo, entretanto, só nos interessa a prisão cautelar, de natureza processual, ou cárcere *ad custodiam*, como a chamavam os canonistas. É aquela prisão anterior à condenação (...) Sem embargo do caráter cautelar que tais prisões apresentam, não há, no nosso Direito Processual Penal, um processo cautelar distinto do processo principal, tal como existente no Processo Civil. As medidas cautelares, no processo penal, sujeitam-se a procedimento distinto, exclusivamente quando disserem respeito às medidas assecuratórias que visam a resguardar a satisfação do dano emergente da prática de uma infração penal. No que tange à prisão, não. Elas resultam, então, de mera atividade administrativa. Às vezes, a providência cautelar tem caráter jurisdicional-contencioso; outras vezes, de simples jurisdição sem ação. Assim, por exemplo, quando se requer a prisão preventiva, estamos em face de uma ação cautelar que será apreciada pelo Juiz. Quando este a decreta, *ex officio*, outra coisa não faz senão exercer aquilo que se denomina jurisdição sem ação. Diga-se o mesmo, em se tratando de prisão resultante de pronúncia ou, até mesmo, quando ela decorrer de uma sentença condenatória recorrível. Neste último caso, ela apresenta um caráter misto de cautelar e sanção. Às vezes, a providência é tomada administrativamente, tal como ocorre com a prisão em flagrante. Neste caso, à evidência, a Autoridade Policial, ao presidir à lavratura do auto de prisão em flagrante, está exercendo excepcionais funções próprias do Juiz, porquanto lhe cabe apreciar a lide cautelar formada entre a vontade do Estado, no sentido de recolher-se à cadeia aquele surpreendido en flagrante, para assegurar o cumprimento da pena a ser-lhe imposta, e o direito de liberdade do indiciado. Evidente que a Autoridade Policial aí, aprecia, como se Juiz fora, a lide cautelar. Se, após a lavratura do auto, concluir pela inexistência de fato típico, ou mesmo se não houver indícios de ter sido o

[44] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ob. cit. p. 381.

> conduzido o autor da infração, cumprir-lhe-á relaxar a prisão, como se infere pela leitura do art. 304, § 1°, do CPP, visto pelo avesso. Dúvida não há de que a Autoridade Policial, no caso, exerce excepcionais funções próprias do Juiz. Precariamente, claro, mesmo porque caberá ao Juiz o exame *in continenti* da solução dada à lide cautelar, tal como prevê o art. 5°, LXI, da Magna Carta.

Não comunga deste entendimento, no que está correto em seu posicionamento, o consagrado Afrânio Silva Jardim, ao se referir à natureza cautelar da prisão provisória em geral, em sua obra "Direito Processual Penal", para quem: "Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela." [45]

Outra não é a conclusão dos processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrerem sobre o provimento cautelar na obra "Teoria Geral do Processo" afirmando que: "Por essa razão, acrescenta-se ao conhecimento e à execução – pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas funções principais – uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa a assegurar o êxito das duas primeiras: trata-se da atividade cautelar, desenvolvida através do processo que toma o mesmo nome. Seu objeto é um provimento acautelatório."[46]

---

[45] JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245.

[46] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 280.

Os citados autores processualistas pátrios, ao delinearem o significado dessa atividade cautelar, sustentam que ela foi [47]

> preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos.

Isto quer dizer, que sem esses dois pressupostos o provimento cautelar perde a sua substancialidade e razão de ser, sendo, portanto, passível de anulação, valendo tais argumentos também para o processo penal - eis que oriundo da teoria geral do processo -, e, em especial, quanto à natureza cautelar da prisão provisória.

Como se pode concluir, uma vez definidos os traços que são caracterizadores das medidas cautelares, pode-se afirmar que a prisão provisória, do modo como é disciplinada pela atual legislação processual penal, no dizer de Afrânio Silva Jardim: "é tipicamente uma forma de atividade jurisdicional cautelar, pois tem como finalidade precípua tutelar os fins e os meios do processo penal de conhecimento."[48]

Ainda a respeito da natureza jurídica da prisão provisória, é imprescindível trazer a consagrada opinião do processualista Rogério Lauria

---

[47] Ob. cit. p. 281.

Tucci, em sua obra "Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro". Para ele, não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar com a de natureza processual. Assim, a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária são de natureza tipicamente cautelares. A que deriva de sentença de pronúncia ou sentença condenatória recorrível possui natureza processual. As primeiras são cautelares

> ... porque têm por finalidade a assecuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a preservação da aplicação da lei penal. (...) as outras duas – decorrente de decisão de pronúncia e resultante de sentença condenatória recorrível, - tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual. [49]

Em face dessa distinção acima apontada, que está correta, o aludido processualista, após fundamentar seu posicionamento adequadamente, extrai a seguinte conclusão:

> somente com relação às primeiras, ou seja, quando for caso de prisão provisória tipicamente cautelar, é que, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do indiciado ou acusado, nenhuma afronta sofrerá o preceito constitucional analisado (art. 5°, inc. LVII). (...) já agora, todavia, a prisão provisória de natureza processual,

---

[48] JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 247.

[49] TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.p. 406.

> decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o examinado regramento constitucional, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado, de todo inadmissível. (...) restam de todo ineficazes ante a preceituação constitucional os arts. 393, I, 408 § 1°, e 594 do Código de Processo Penal, e art. 35 da Lei n. 6.368, de 1976, e, de outro lado, somente com base na distinção elaborada pode-se compreender o enunciado da Súmula n. 9 do STJ.[50]

Como é sabido, a aludida Súmula nº 9 tem a seguinte redação: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

É exatamente dentro desse contexto que se insere a tese sustentada por Luiz Flávio Gomes, para abonar a distinção apontada na posição doutrinária *retro* mencionada, do Professor Rogério Lauria Tucci; e, contrariamente, à adotada pelo STJ delineada na Súmula nº 9, posicionamento esse contido em sua excelente obra "Direito de Apelar em Liberdade", ao abordar a natureza jurídica da prisão para apelar, em que entende que a prisão derivada de sentença recorrível "só pode ter natureza *cautelar*, isto é, só em caso de extrema *necessidade* pode ser mantida ou decretada."

Ainda, o supra citado autor entendeu que "é condenável conceber a prisão de sentença recorrível como medida automática ou obrigatória ou presumida ou como pena antecipada.", sustentando que é preciso decisão fundamentada e que fique demonstrada "a necessidade (e aqui está o "*punctum dolens*" da questão) do encarceramento provisório, nos termos do art. 5°, LXI, da CF, sob pena de se

---

[50] Ob. cit. p. 413.

admitir, estupidamente, uma antecipação de pena, ainda não definitivamente imposta, ou prisão processual obrigatória". Assim, não se considera legítima a prisão anterior à condenação trânsita em julgado, conclui o citado autor, dentre outras considerações.[51]

Em sua obra "Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar", o Professor Doutor Luiz Antonio Câmara, do Corpo Docente desta Casa, assim se referiu: [52]

> **Princípios informativos e pressupostos de adoção das medidas penais cautelares.** A delimitar o âmbito de atuação do processo penal cautelar, afirmando-lhe a autonomia metodológica e conceitual encontramos, ainda, a seguinte situação específica: a adoção de medidas de cautela é regida de um lado por alguns princípios e, de outro, por pressupostos autorizativos à sua adoção. Ainda que incipiente a conceituação técnica no direito brasileiro, foram as noções de princípios e pressupostos desenvolvidas satisfatoriamente no direito estrangeiro, no qual se busca embasamento para o desenvolvimento deste item. Reafirme-se, entretanto, que a aplicação dos princípios busca assento na própria Constituição, sendo que, em relação aos pressupostos probatórios e cautelares, a própria lei processual já os especifica. Aqui, ainda uma vez, utiliza-se a terminologia mais modernamente empregada com o fito de definir situações próprias do processo penal cautelar, extremando-o ainda mais do processo civil. **Princípios.** Com os objetivos primários de impedir que se prive inutilmente a liberdade do indivíduo e de que qualquer limitação deva ser não só socialmente necessária mas também suportável e, ainda, de que a coação opere somente onde se demonstre presente

---

[51] GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade (Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 34.

[52] CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997. p.84.

uma margem de rigorosa indispensabilidade, a doutrina e a jurisprudência alienígenas desenvolveram parâmetros aplicativos interdependentes, convencionalmente qualificados com princípios da **necessidade, adequação** e **proporcionalidade**, sendo ainda de ressaltar o princípio da **subsidiariedade** ou da **gradualidade**. A doutrina italiana não se refere ao primeiro dos princípios, fazendo-se ele bastante presente tanto na literatura especializada quanto na legislação portuguesa. No Brasil, tal princípio tem servido como pedra de toque à decretação da prisão preventiva. A compatibilização dos interesses conflitantes (existentes na relação que tem, de um lado, a sociedade e sua expectativa com relação à segurança e, de outro, o acusado e sua pretensão à liberdade) opera-se pela "otimização" ou "concordância prática", com atuação dos princípios da **necessidade, adequação, proporcionalidade,** e da **gradualidade**. Em meio àquela relação intercedem tais princípios, tendo como finalidade precípua fazer com que o recurso aos meios de coação cautelar – às vezes indispensáveis a uma adequada administração da Justiça – se dêem em respeito aos direitos e garantias do cidadão. Assim, o recurso às medidas cautelares deve dar-se em obediência aos referidos princípios, tratando-se estes de emanação do princípio constitucional da presunção da inocência do acusado, a determinar que, anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, qualquer medida constritiva que àquele se imponha seja não só socialmente necessária como também suportável. É certo que tais princípios atuam como óbices limitativos ao interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade.

Consoante o lúcido escólio de Jorge de Figueiredo Dias:[53]

Daqui que o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de por-se *limites* - inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a *dignitas* humana que pertence mesmo ao mais brutal delinqüente; ultrapassáveis, mas só depois

> de cuidadosa ponderação da situação, quando conflite com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera de suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário. É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso de poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controlo do Direito; o que traduz só, afinal, aquela *limitação do poder do Estado* pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-Direito.

Convém trazer em complementação a esse posicionamento, igualmente a autorizada palavra de Fernando de Almeida Pedroso, discorrendo sobre a prisão provisória em sua obra "Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites", em que o autor destaca:

> ... O recolhimento provisório, rotulado de prisão *ad cautelam*, tem por desiderato evitar as conseqüências do *periculum in mora*, visando impedir a reiteração criminosa do delinqüente obstinado, e garantir a execução ulterior da pena e o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se, por conseguinte, num juízo de *probabilidade*: se houver probabilidade de condenação, e o requerer o interesse social, a providência cautelar é decretada antecipadamente.[54]

Fernando de Almeida Pedroso tem um posicionamento diverso daqueles anteriormente referidos, de vez que, a prisão provisória, em qualquer de suas

---

[53] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1974. v. 1. p. 59.

espécies (temporária, flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia ou sentença condenatória recorrível) - sem fazer aquela distinção aferida na culpabilidade reconhecida no provimento judicial - não é incompatível com a presunção de inocência estabelecida na CF (art. 5°, LXVII).

Em face disso, a alegada presunção de inocência não se confunde com a supressão de qualquer suspeita, posto que o contrário impediria até a instauração de inquérito policial para as investigações preliminares.

Logo, como se dessume, a presunção de inocência unicamente assegura a não inclusão do nome do réu no rol dos culpados até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Como destaca Fernando de Almeida Pedroso, eventual entendimento oposto se tornaria:

> ... antinômico com a regra do art. 5°, LVII, da CF, o preceito do mesmo dispositivo, no inciso LXI, que, envergando natureza especial, prevalece e predomina sobre aquela, de conotação geral (*lex specialis derogat legi generali*). A não se entender desse modo, outra conclusão não há de defluir – irrefragável – senão a de abrigar nossa Carta Magna disposições contraditórias, colidentes e conflitantes, geradoras de desconchavo e paradoxo na égide legal, em detrimento da harmonia, coesão e equilíbrio do Direito, de que ela, *in primo loco*, deveria assumir-se como guardiã.[55]

O citado autor pretende demonstrar que a tese que tentou objetar pela incompatibilidade da prisão provisória de caráter nitidamente processual, com a denominada presunção de inocência, amparada por mandamento constitucional,

---

[54] PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.91.

nem sequer obteve tímido aceno jurisprudencial, permanecendo sem o prestígio e ressonância devidos e já se encontrando vencida, superada e ultrapassada por iterativa série de julgados.

É de se atinar para o fato de que a modalidade de prisão provisória, por ser atentatória da liberdade individual da pessoa humana e por constituir-se em prisão sem imposição anterior de pena, somente há de ser decretada em casos excepcionais, de real necessidade e cercada das necessárias cautelas.

Finalmente, conclui o referido autor, para quem: "em qualquer hipótese, porém, inexiste prisão *sine judicio*, sem prévio controle jurisdicional, ressalvado o caso da prisão em flagrante, em que esse controle se realiza *a posteriori*, com a comunicação da detenção."[56]

A respeito desse tema ligado à prisão e ao princípio da inocência, os autores paranaenses J.S. FAGUNDES CUNHA e JOSÉ JAIRO BALUTA, ambos Professores de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, em sua obra "O Processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica", destacam em determinado trecho:[57]

> **PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA E PRISÃO**
>
> **Preventiva**
>
> Apesar de num primeiro momento, excogitarem-se interpretações equivocadas quanto ao alcance dos postulados do princípio – entendendo-se que se tratava de um aforisma com força de afastar qualquer limitação provisória da liberdade dos acusados, até que a

---

[55] ob. cit. p. 92.
[56] ob. cit. p. 93.
[57] CUNHA, J.S. Fagundes/ BALUTA, José Jairo. **O Processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 111.

presunção de sua inocência fosse destruída por uma sentença que reconhecesse a culpabilidade – um grupo de juristas da Comunidade Econômica Européia concluiu recentemente, que na verdade, o princípio constitucional não veio com a finalidade de impedir a prisão antecipada, mas sim, *para reforçar-lhe o disciplinamento de sua decretação:* perigo à atividade processual, aos fins buscados pelo processo e à tutela social. (Entre nós, apressadamente firmou-se entendimento sumulário de que "a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência"- Súmula 09/STJ). Paralelamente, condena-se qualquer outra medida que possa *estereotipar* os indivíduos, fazendo crer que a investigação (ou o processo) venha a lhes diminuir as garantias, como se passassem a pertencer a um grupo de *cidadãos inferiores*, uma vez que, por este princípio, todos os seus demais direitos fundamentais não atingidos pela medida constritiva, continuam inatacáveis, merecendo o mais absoluto respeito. Corolário evidente, é que a coarctação da liberdade, por meio de *decreto preventivo* desamparado de sólida fundamentação das razões que a estruturam (o que não é raro de ser encontrado), viola o preceito da presunção de inocência. Em outros termos, o princípio não se incompatibiliza com a prisão preventiva, uma vez que ela não guarda conotação com os efeitos da condenação. (Há de ser lembrada a discussão existente em certos segmentos doutrinários quando a prisão processual vier orientada pela *"garantia da ordem pública"*, que poderia, em tese, lesionar o princípio da presunção da inocência, não servindo assim, de suporte à decretação da preventiva.

3.4.3 Prisão em Flagrante Delito

Inicialmente, dentre as formas de prisão processual ou provisória destaca-se a prisão em flagrante delito que vem delineada pelos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal.

A prisão em flagrante delito é um ato administrativo, uma espécie de medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita da autoridade judiciária competente, como autoriza o art. 5°, inciso LXI, da Constituição Federal.

Como se sabe, a expressão flagrante deriva, etimologicamente, do latim *flagrans, flagrantis*, (do verbo *flagrare*, queimar) e que significa ardente. Em sentido gramatical, significa a qualidade daquilo que é evidente, visível, manifesto. Em sentido jurídico, tem a significação do delito que está sendo perpetrado, é a certeza visual do crime.

O artigo 302 do CPP, *in verbis,* distingue as diversas espécies de flagrância:

> Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I – está cometendo a infração penal;
>
> II – acaba de cometê-la;
>
> III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, arma, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Como se observa, a situação de flagrância delitiva acontece quando o autor da infração é preso ao ser surpreendido cometendo o delito, situação essa que a doutrina considera como *flagrante próprio.* Igualmente equipara-se como *flagrante próprio* quando o agente acaba de cometer a infração penal. (art. 302, incisos I e II)

Denomina-se *flagrante impróprio* ou *quase-flagrante* à situação de quem é preso em decorrência de perseguição efetuada, logo após, pela autoridade, pelo

ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor do delito. (art. 302, inciso III).

E, finalmente, chama-se *flagrante presumido* à situação de quem é encontrado, logo depois da infração penal, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. (art. 302, inciso IV).

O art. 301 do Código de Processo Penal permite a qualquer do povo deter quem quer que seja encontrado em flagrante delito, no chamado *flagrante facultativo*. No entanto, o mesmo dispositivo legal dispõe que as autoridades policiais e seus agentes deverão efetuar essa prisão em flagrante delito. Logo, a autoridade policial competente e seus agentes têm o dever de deter alguém na flagrância delitiva. Qualquer outra pessoa, ainda que magistrado ou promotor legalmente investidos de sua autoridade administrativa, tem apenas a faculdade de proceder a detenção de quem quer que esteja em situação de flagrância delitiva.

Fora dessas hipóteses legais, a prisão deverá ser precedida de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos casos previstos em lei, como já visto anteriormente.

Todavia, convém esclarecer que a autoridade competente para presidir a lavratura do auto de prisão em flagrante é o Delegado de Polícia, que é a autoridade policial devidamente investida das suas funções de polícia judiciária, em obediência ao disposto no art. 4° do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 4°. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

> Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Esse dever da autoridade policial em proceder a apuração das infrações penais e da sua autoria, decorre do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, não podendo a autoridade policial deixar de cumprir com esse *munus* público.

A autoridade policial ao formalizar o auto de prisão em flagrante delito do indiciado deverá proceder às informações e identificações dos responsáveis por sua detenção, tal como garantem os incisos LXIII e LXIV do art. 5° da nossa Magna Carta, que assim determina:

> LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
>
> LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

O controle da legalidade dessa modalidade de prisão é exercido pela autoridade judiciária competente, que deve ser imediatamente comunicada da prisão em flagrante delito pela autoridade policial, conforme dispõe o art. 5°, inciso LXII, *in verbis,* que determina:

> "LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;"

Ainda, deve a autoridade policial ao verificar que a infração praticada pelo indiciado admite fiança, ou, quando se tratar de situação em que o réu livra-se solto (art. 321, do CPP), colocá-lo em liberdade, podendo arbitrar a fiança na

hipótese do delito ser apenado com detenção, na forma prevista no art. 322 do CPP. Os demais casos de fiança serão apreciados pela autoridade judiciária competente. A esse respeito, cabe transcrever o inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

"LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança;"

Na hipótese de o Juiz entender que a prisão em flagrante delito é ilegal, deverá colocar o indiciado em liberdade, imediatamente, relaxando a sua prisão, na forma do art. 5º, inciso LXV da Constituição brasileira vigente:

"LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;"

A autoridade policial, após ouvir o condutor e as testemunhas que o acompanharem, deverá interrogar o indiciado sobre a imputação que lhe está sendo feita, e formando seu convencimento de que existe fundada suspeita da prática delitiva, mandará recolhê-lo à prisão, exceto nos casos de liberdade provisória acima aludido, em conformidade com o disposto no art. 304 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, formalizando o auto de prisão em flagrante delito, cujo dispositivo legal reza:

> Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharem e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.
>
> § 1º Resultando das respostas fundada suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos autos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não for o caso, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2° A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelos menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3° Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que lhe tenham ouvido a leitura na presença do acusado, do condutor e das testemunhas.

Dentre as demais formalidades estabelecidas na legislação processual penal, figura com especial relevo aquela que se refere à nota de culpa, que deve ser entregue ao indiciado no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante (art. 306 do CPP), a fim de que o mesmo saiba do que está sendo acusado. Essa formalidade essencial, deriva do princípio da ampla defesa que é garantido constitucionalmente.

3.4.4 Prisão Preventiva

A prisão preventiva surge dentre as formas de prisão provisória como a mais criticada e discutida em razão da complexidade de sua natureza jurídica, de sua finalidade, e de certa dose de subjetivismo que cercam os seus fundamentos e pressupostos, os quais estão elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, como se sabe, é uma medida cautelar constituída da supressão do direito de liberdade do indiciado ou acusado, decretada pelo juiz competente, em face da existência dos pressupostos e fundamentos legais, com a finalidade de atingir os meios e os fins do processo penal, visando o interesse da segurança da comunidade.

Suprime ela a liberdade do acusado, antes da sentença penal condenatória transitar em julgado, pelo que, sendo um mal necessário, só se justifica em situações específicas, presentes, também, a necessidade e a justificação desta medida cautelar, caracterizados pelo *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que devem nortear as demais formas de prisão provisória, como já se procurou demonstrar nos tópicos anteriores.

Neste sentido, com acerto, Afrânio Silva Jardim entende que: "assim, se examinarmos detidamente o preceito atual do art. 312 do Código de Processo Penal, nele veremos expressos os dois requisitos basilares para a caracterização das medidas cautelares: o referido *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*." [58]

O requisito do *fumus boni iuris*, como se sabe, fica evidenciado através da necessidade de a autoridade judiciária competente certificar-se se, no curso do inquérito policial ou mesmo durante a instrução criminal, encontra-se provada a materialidade da infração penal e se há indícios suficientes de sua autoria. Em não havendo um mínimo de probabilidade de sucesso do chamado *jus puniendi*, a medida provisória seria injusta.

O requisito do *periculum in mora*, que vem a ser o que se convencionou denominar como o perigo na demora do processo de conhecimento, encontra-se caracterizado pelo preceito legal, que fundamenta a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal. Neste caso, depreende-se uma situação de urgência do legislador

---

[58] JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 247.

procurando antecipar a entrega da prestação jurisdicional, cujo provimento parece ser condenatório, a fim de afastar um perigo certo e iminente.

Para finalizar, a conveniência da custódia preventiva com fundamento na garantia da regular instrução criminal, procura evitar que o acusado possa indevidamente interferir na colheita da prova, pelo que se procura tutelar os meios do processo.

Pode-se conceituar a prisão preventiva, como bem assinala Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem: "a prisão preventiva é espécie do gênero "prisão cautelar de natureza processual". A rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva. A própria prisão em flagrante delito é uma prisão preventiva *lato sensu*. Entretanto, quando se faz referência a essa modalidade de prisão cautelar, tem-se em vista aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, seja como medida de segurança de natureza processual, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal. A prisão preventiva *stricto sensu*, e esta é a de que agora se cuida, está regulada no CPP, nos arts. 311/316."

Quem poderá decretar tal medida? Somente a autoridade judiciária competente – e este é um dos objetivos deste breve trabalho – é quem possui a autorização prevista no mandamento constitucional inserto no art. 5°, inciso LXI, já mencionado anteriormente.

A teor do disposto no art. 311 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva, incumbe ao Juiz competente para conhecer e julgar o processo ou apreciar o inquérito policial.

Como esclarece, com proficiência Fernando da Costa Tourinho Filho:

> Em se tratando de processo da competência originária dos Tribunais, a competência é do Relator, nos termos da alínea *c* do parágrafo único do art. 557 do CPP, porque ele é o Juiz da instrução, tal como se vê pela leitura do art. 557. E, para que o Juiz ou o Relator possa decretá-la, não haverá necessidade de provocação; poderá fazê-lo *de ofício*, isto é, sem que haja solicitação de quem quer que seja. Trata-se, pois, de um caso singular de jurisdição sem ação, uma vez que o Juiz, assim agindo, estará instaurando um processo cautelar. Por outro lado, a medida extrema poderá ser decretada pelo Tribunal, desde que haja pedido nesse sentido. Assim, se o órgão do Ministério Público, ou o querelante, requerer a decretação da medida ao Juiz, sendo indeferida, caberá recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, V), e, nesse caso, mantido o despacho denegatório, indo os autos à superior instância, esta poderá dar-lhe provimento, determinando a providência extrema.[59]

A prisão preventiva pode ser decretada de ofício, como foi visto, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, em qualquer instância, ou mediante representação da autoridade policial. Não está legitimado a requerer o assistente da acusação, que não figura com capacidade postulatória prevista pelo art. 311 do Código de Processo Penal.

---

[59] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 476.

A representação da autoridade policial não se caracteriza como pedido ou solicitação, de vez que ela apenas expõe os motivos procurando demostrar ao Juiz sobre a conveniência e necessidade da decretação da medida cautelar.

Não pode tal decreto da autoridade judiciária competente ser arbitrário, mas, ao contrário, deve ser fundamentado e devidamente motivado como exigem os preceitos constitucionais anteriormente aludidos (art. 5°, inciso LXI e art. 94, inciso IX da Constituição Federal em vigor).

Como se observa do que acima foi exposto, exige o mandamento constitucional que a autoridade judiciária, ao decretar ou denegar a prisão preventiva, esclareça adequadamente em seu despacho se estão presentes os pressupostos da medida extrema e qual o fundamento que a autoriza.

Cuida-se de medida cautelar de privação da liberdade que demanda uma exposição fundada em dados concretos que motivem sua adoção, não sendo suficiente que o Juiz competente se refira genericamente aos autos, ou apenas transcreva os dizeres literais do dispositivo legal invocado.

Há uma exigência de fundamentação que não diga respeito a meras suposições sem respaldo fático. Em ocorrendo esta hipótese, estará configurado o constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus*, que poderá ser ampliado aos co-autores, ainda que não postulantes da ação mandamental, eis que cabível a concessão *ex officio*, como autoriza o art. 654, § 2° do CPP:

> O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.
>
> (...) *omissis*

> p. 2° Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Como é curial, não há necessidade de que o despacho que decreta a prisão preventiva seja longo, a exemplo do que seria a fundamentação para estribar uma sentença penal condenatória, sendo suficiente que aponte os fatos e os fundamentos legais em que se baseia a decisão, expondo a necessidade e a conveniência da medida cautelar, através dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Como ensinava José Frederico Marques:

> Embora proferida a decisão *inaudita altera parte*, isto é, sem audiência do réu ou indiciado, a medida é puramente jurisdicional, pois que se aplica a situação contenciosa em que estão em conflito o poder cautelar do Estado e o direito de liberdade do réu. (...) A falta de fundamentação torna o ato decisório absolutamente nulo. Se, apesar disso, o réu for preso, através de *habeas corpus* pode ele recuperar sua liberdade, pois que, no caso, sendo nulo, de modo manifesto, o processo cautelar, a coação se apresentará como ilegal (Cód. de Proc. Penal, artigo 648, n. VI).[60]

As circunstâncias que autorizam a prisão preventiva estão disciplinadas pelo art. 312 do Código de Processo Penal: a) garantia da ordem pública; b) da

---

[60] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. v. IV. p. 52.

ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; e, d) para assegurar a aplicação da lei penal, de caráter antecipatório de eventual pena a ser imposta, que são os fundamentos da custódia cautelar. Fala a lei, ainda, dos pressupostos da prisão preventiva, que são aferidos quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

A garantia da ordem pública implica em segurança da coletividade, em clamor público, repercussão do grave delito praticado, etc., sendo que para Fernando da Costa Tourinho Filho, ordem pública "é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública."[61]

A garantia da ordem econômica foi adicionada pela Lei antitruste (Lei nº 8.884, de 11-6-1994), que tem merecido críticas severas, pois, em tese, poderia tal matéria estar incluída na ordem pública, caso houvesse abusos de empresas quanto à exploração gananciosa da atividade mercantil.

A conveniência da instrução criminal diz respeito à possibilidade de o réu estando solto possa querer influir na prova a ser colhida, intimidando testemunhas, destruindo provas.

Finalmente, quanto à aplicação da lei penal, no dizer de Fernando da Costa Tourinho Filho,

---

[61] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 478.

> Também será indispensável e salutar a segregação provisória do indigitado autor do crime, como segurança de aplicação da lei penal. Evidente que, se o indiciado ou o réu não é radicado no distrito da culpa, se está se desfazendo dos seus bens de raiz, injustificadamente, ... a medida se impõe, a fim de que se evite o *periculum libertatis*, assegurando-se, pois, a aplicação da lei penal.[62]

Dentre todas as formas de prisão provisória, inegavelmente, a prisão preventiva é a que se reveste de maior repercussão no campo da processualística penal, com reflexos na própria prisão em flagrante delito, em face da regra contida no parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, ns. I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.
>
> Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

Isto quer dizer, que mesmo que alguém seja detido na flagrância delitiva com todas as formalidades legais ali previstas, poderá obter a liberdade provisória, independentemente de fiança, quando o Juiz verificar a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

É a mais importante de todas as espécies de prisão sem pena.

---

[62] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ob. cit. p. 479.

3.4.5 Prisão temporária

A prisão temporária foi criada pela Lei n. 7.960/89, e, na prática, procurou substituir a prisão para averiguações, que, irregularmente, existia antes do advento da Constituição Federal de 1988, e, que ainda continua existindo, porém, agora, com o controle da autoridade judiciária competente.

Como salienta Fernando da Costa Tourinho Filho : [63]

> Como se trata de prisão decretada antes da sentença condenatória, ela se inscreve na modalidade de 'prisão cautelar', mesmo sem o *fumus boni juris* e até mesmo o *periculum in mora* ... Toda e qualquer prisão somente poderá ser decretada pelo Juiz. E esta o é. Logo não se pode dizer, sob esse aspecto, seja ela inconstitucional. Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado a dogma constitucional, não faz sentido restringir-se a liberdade ambulatória do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade. No Governo Costa e Silva e no Governo Geisel (períodos de exceção) houve várias tentativas visando à criação da *prisão para averiguações*, coisa, aliás, que na prática existia e continua existindo. Contudo, aqueles que por ela propugnavam não lograram êxito... Passado *o período da ditadura*, o governo democrático a instituiu com o nome de 'prisão temporária'.

A autoridade competente para decretar a prisão temporária, como é cediço, é somente o Juiz, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. O prazo de duração é de cinco dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Na hipótese de crimes hediondos, de tráfico de entorpecentes e drogas afins, e de terrorismo, o prazo de duração é de trinta dias, prorrogável por mais trinta dias, como determina o art. 2°, p. 3° da Lei n. 8.072/90. (Lei dos Crimes Hediondos).

A prisão temporária é cabível nas seguintes circunstâncias, como soa o art. 1°, *in verbis* :

Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) – homicídio doloso (art. 121, *caput*, e seu p. 2°);

b) – seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput*, e seus pp. 1° e 2°);

c) – roubo (art. 157, *caput*, e seus pp. 1°, 2°, e 3°);

d) – extorsão (art. 158, *caput*, e seus pp. 1° e 2°);

e) – extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput*, e seus pp. 1°, 2° e 3°);

f) – estupro (art. 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

g) – atentado violento ao pudor (art. 214, ,*caput,* e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único);

h) – rapto violento (art. 219 e sua combinação com o art. 223, *caput,* e parágrafo único);

i) - epidemia com resultado morte (art. 267, p. 1°);

j) – envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285);

---

[63] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ob. cit. p. 390

k) – quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

l) – genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n. 2.889, de 1° /10/1956), em qualquer de suas formas típicas;

m) – tráfico de drogas (art. 12 da Lei n: 6.368, de 21-10-1976);

n) – crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16-6-1986).

A prisão temporária tem recebido pesadas críticas em face de inexistirem muitas vezes a prova da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria do delito, até mesmo porque se trata de prisão para averiguar a procedência da suspeita de crime que esta sendo investigado pela autoridade policial.

É sabido que em toda prisão de índole cautelar, exige-se os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Na prisão temporária, a lei exige as *fundadas razões baseadas em qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado.*

Veja-se que na prisão preventiva, que é a mais importante espécie de prisão cautelar, o *fumus boni juris* está assente na prova da materialidade do delito e em indícios suficientes de autoria. Esses fundamentos não são exigidos pela lei, apenas fundadas razões...

Normalmente ocorre que, após o decurso do prazo da prisão temporária, a autoridade policial colige os dados de investigação necessários para representar pela custódia preventiva do indiciado.

3.4.6 Prisão resultante de pronúncia

Outra modalidade de prisão processual, é a denominada prisão resultante de decisão de pronúncia que vem disciplinada pelo art. 408 p. 1° do CPP:

> Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.
>
> p. 1° Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.
>
> p. 2° Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.
>
> p. 3° Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.
>
> (...) *omissis*

É ela decretada pelo Juiz competente que pronunciou o réu, mas, fica evidenciado, em face do que dispõe o art. 5°, LXI da Carta Magna, que toda e qualquer prisão, salvante as exceções ali previstas, deve ser fundamentada. Deve o Juiz dar as razões de sua necessidade, ainda que o réu seja primário ou não, a despeito da regra contida no p. 2° do referido art. 408, que estabelece que o Juiz poderá deixar de decretar a prisão, ou revogá-la, caso já se encontre preso, se se tratar de primariedade e bons antecedentes.

Como bem destaca Fernando da Costa Tourinho Filho :[64]

> O simples fato de não ser primário ou de não possuir bons antecedentes não constitui, no sistema pátrio, motivo para o encarceramento provisório. Aliás, inegável que a prisão resultante de pronúncia tem indisfarçável caráter cautelar, e cautelaridade não existe sem o *periculum in mora,* ou *periculum libertatis*. E que perigo poderá representar para a Justiça o fato de um pronunciado reincidente ficar em liberdade até o julgamento pelo Tribunal do Júri ? Dir-se-á: ele poderá fugir com receio da punição. Mas, neste caso, não estaria o Juiz estabelecendo uma presunção de fuga ? Se a Constituição erige à categoria de dogma a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação, não se concebe possa ser criada uma presunção contrária àquela. O absurdo é manifesto. Pouco importa, também, a repercussão que o fato teve no meio social. A prisão resultante de pronúncia, como de outra qualquer prisão que antecede a um decreta condenatório irrecorrível, só se justifica se for necessária. Do contrário não. Assim, não se justifica uma prisão apenas para dar satisfação à imprensa sensacionalista.

Como se observa, igualmente, na prisão resultante de pronúncia, deve o Juiz atentar para os fundamentos e pressupostos da prisão preventiva, pedra de toque da espécie prisão provisória, por sua índole de natureza cautelar, em que devem estar presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora.*

3.4.7 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Eis aqui uma das mais polêmicas formas de prisão processual.

Vem ela prevista pelo art. 393, I, do Código de Processo Penal, que reza :

---

[64] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado.** Vol.2. São Paulo : Saraiva, 1996. P. 27.

São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

(...) – *omissis*.

A Súmula n. 9 do STJ, dispõe a respeito dessa exigência o seguinte:

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

A seu turno, reza o controvertido artigo 594 do Código de Processo Penal:

O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Por outro lado, convém esclarecer que a exigência de recolher-se à prisão se aplica apenas ao recurso de apelação, salvo a hipótese prevista pelo art. 585 do CPP - (recurso em sentido estrito interposto contra pronúncia) -, descabendo em caso de revisão criminal.

É o que consta da Súmula 393 do Excelso Pretório :

Para requerer revisão criminal o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.

Não é intento desta apertada síntese acerca das diversas espécies de prisão, tentar trazer ao leitor uma idéia aprofundada deste tema controvertido, como é, especificamente, o que se refere ao direito de apelar em liberdade.

Veja-se, que muitos doutrinadores se ocuparam desse assunto, como, exemplificativamente, Luiz Flávio Gomes, que sustenta em sua apreciadíssima

obra "Direito de Apelar em Liberdade", o princípio da presunção de inocência constante do Pacto de São José da Costa Rica, acolhido pelo Brasil : [65]

> O art. 5°, inc. LVII, da Constituição Federal, em virtude de uma redação não muito feliz, permitiu no começo da sua vigência certa tergiversação interpretativa. Agora, no entanto, como bem destacou MAGALHÃES GOMES FILHO (1994, p. 30) com amparo no art. 5°, p. 2°, da CF, tornou-se indiscutível no nosso ordenamento jurídico a extensão da presunção de inocência 'desde que o Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se o seu integral cumprimento pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial de 09-11.92, p. 15.562 e ss.' Referido *Pacto de San Jose*, que também foi publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais (do IBCCrim, n. 1, jan/mar 1993, p. 253 e ss), em seu art. 8°, n. 1, consagrou o citado princípio, dizendo: 'Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.' Culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendida como 'culpabilidade', ou seja, 'atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor'. Por força da presunção de inocência, assim, cabe ao acusador demonstrar dentro do devido processo legal a vinculação indissociável do acusado com o fato objeto do processo. E mais: referido autor só será considerado culpável (censurável, reprovável) na medida em que podia agir de maneira diferente, conforme ao Direito (exigibilidade de conduta diversa).

---

[65] GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade : (conforme a Constituição Federal e a convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 39

Em face do exposto pelo citado autor, considerando-se o princípio da presunção de inocência, que proíbe a utilização da pena de prisão como castigo antecipado, fica patente que só existe uma interpretação conciliável para preservar o art. 594 do CPP : consiste esta interpretação em entender a modalidade de prisão decorrente de sentença condenatória recorrível como de natureza cautelar, sendo indispensável também que haja motivação explícita, demonstrando sua real necessidade da medida coercitiva.

3.4.8 Prisão no Estado de Defesa e no Estado de Sítio

Como vimos no capítulo referente às espécies de prisão, em situações de extrema crise institucional, é possível a detenção de pessoas, sob certas condições.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 136 dispõe sobre o Estado de Defesa:

> O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.
>
> (...) *omissis;*
>
> p. 3° - Na vigência do estado de defesa:
>
> I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV – é vedada a incomunicabilidade do preso.

Por sua vez, o Estado de Sítio vem disciplinado pelo art. 137 e a detenção de pessoas é cabível nas hipóteses previstas pelo art. 139, *in verbis:*

Art. 137 – O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

(...)

Art. 139 – Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I – obrigação de permanência em localidade determinada;

II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III – (...);

IV – suspensão da liberdade de reunião;

V – busca e apreensão em domicílio;

VI – (...);

VII – (...).

Como se pode observar pela simples leitura dos textos constitucionais, as prisões e detenções são de caráter temporário e em situações excepcionalíssimas. No entanto, é de se destacar que o controle do Poder Judiciário ocorre somente nas prisões ocorridas durante o Estado de Defesa, havendo omissão do legislador constituinte quanto às detenções eventualmente acontecidas no decorrer do Estado de Sítio. Fala a lei em prática de crime contra o Estado (art. 136, p. 3°, I).

Pergunta-se em que consiste um crime contra o Estado?

A defesa do Estado faz parte integrante do Sistema Constitucional das Crises, segundo o escólio de José Afonso da Silva, em sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", que, inicialmente, destaca: [66]

> A *defesa do Estado* aparece expurgada da conotação geopolítica ou da doutrina da segurança nacional que informaram o regime revogado.
>
> Aí defesa do Estado é defesa do território contra invasão estrangeira (arts. 34, II, e 137, II), é defesa da soberania nacional (art. 91), é defesa da Pátria (art. 142), não mais a defesa deste ou daquele regime político ou de uma particular ideologia ou de um grupo detentor do poder. (...)
>
> Defesa do Estado e estado de defesa
>
> Percebe-se que a palavra *estado* tem sentidos diferentes nas expressões 'Defesa do Estado' e 'estado de defesa'. Na primeira, significa, como vimos noutro lugar, 'uma *ordenação* que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada *população* sobre um dado *território*'. (...) Assim,

---

[66] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 738.

Esta lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

I – a integridade territorial e a soberania nacional;

II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Quanto ao estado de sítio, o mesmo autor conclui que o controle jurisdicional é amplo em relação aos limites de aplicação das restrições autorizadas. Assim, completa José Afonso da Silva:

Se os executores ou agentes do estado de sítio cometerem abuso ou excesso de poder durante sua execução, é lógico que seus atos ficam sujeitos a correção por via jurisdicional, quer por via de mandado de segurança, quer por *habeas corpus*, quer por outro meio hábil. (art.141).

Assim, qualquer pessoa prejudicada pelas autoridades e seus agentes, nas hipóteses do art. 139, tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para responsabilizá-los e requerer a reparação de eventual dano que lhe tenha sido causado.

3.4.9 Prisão por recaptura de réu evadido

O artigo 684 do Código de Processo Penal assim dispõe:

A recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa.

Trata-se de uma exceção à regra constitucional prevista no art. 5°, LXI, CF/88, de que, salvo a prisão em flagrante delito e nos casos de infrações militares, somente caberá a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Evidentemente, presume-se que houve anteriormente à fuga do réu, uma prisão legalizada nas hipóteses de flagrância delitiva ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos casos de prisão preventiva, prisão temporária, prisão por pronúncia ou prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou transitada em julgado (já cumprindo a pena imposta), além de outras previstas pelo ordenamento jurídico.

3.4.10 Prisão Administrativa

A prisão administrativa vem disciplinada pelos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, e tem sido muito discutida a questão referente à sua derrogação em face da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Em sentido estrito, entende-se que a prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa, por motivos de ordem administrativa e com finalidade precipuamente administrativa.

Todavia, após a promulgação da Constituição brasileira vigente, que disciplinou no seu art. 5°, inciso LXI, que somente a autoridade judiciária

competente é autorizada a decretar, por ordem escrita e fundamentada, a prisão de alguém, salvo as hipóteses de flagrância delitiva e transgressões militares, entendeu-se estar ab-rogado tal dispositivo do Código de Processo Penal que regula a prisão administrativa.

É de se observar que o Código de Processo Penal, no tópico da prisão administrativa, reuniu a prisão administrativa em sentido estrito (art. 319) e a prisão civil (art. 320), sob a mesma rubrica de prisão administrativa, pelo que há um conceito amplo de prisão administrativa, como prisão extra-penal, que se divide em duas espécies, a saber: a prisão administrativa em sentido estrito e a prisão civil. Os artigos 319 e 320 assim dispõem:

> Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:
>
> I – contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compelí-los a que o façam;
>
> II – contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;
>
> III – nos demais casos previstos em lei.
>
> (...) - *omissis.*
>
> Art. 320. A prisão decretada na jurisdição cível será executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados.

Como se sabe, a prisão administrativa, em sentido amplo, é medida destinada a obrigar alguém a fazer alguma coisa. Não pode por isso, ser considerada como pena, nem como sanção administrativa ou disciplinar. Em face disso, não pressupõe, necessariamente, a prática de crime por parte da pessoa a ser presa, sendo, portanto, inadequada a sua colocação taxionômica no Código de Processo Penal.

Entretanto, se o motivo da prisão for um ilícito penal, v.g. em casos de conexão ou continência, o tempo em que permanecer alguém detido em decorrência da prisão administrativa será computado para efeitos de detração penal, como soa o art. 42 do Código Penal, *in verbis:*

"Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior."

Tendo em vista que atualmente a prisão só pode ser decretada por autoridade judiciária competente, salvo as hipóteses contidas no mandamento constitucional acima referido, isto não significa que estejam revogados os dispositivos legais que regulam a prisão administrativa, mas, que, naqueles casos legais, a prisão administrativa não mais poderá ser decretada por autoridade administrativa, podendo, no entanto, sê-la pela autoridade judiciária competente. É perfeitamente compatível a coexistência de tais situações jurídicas.

É oportuno esclarecer, que já se tem decidido, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, que a prisão para fins de extradição pode ser decretada por Ministro do STF em atendimento à solicitação do Ministério da Justiça. Nesses precisos termos, a denominada prisão administrativa não tem mais esse caráter quanto ao órgão competente para decretá-la, mas, subsiste, em seu sentido estrito, quanto à razão que a determina bem como ao fim a que se destina, assim como a prisão civil.

Convém trazer à colação os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

Extradição. Competência para decretar a prisão – STF: "Compete a Ministro do STF, uma vez atendidos os requisitos do art. 82 da Lei 6.815/80, decretar a prisão preventiva de alienígena, solicitada pelo Ministério da Justiça, mediante provocação do governo do país de origem, como medida cautelar preparatória do processo de extradição"(RT 642/375). No mesmo sentido, STF: RT 638/335. STF: "Tendo sido a prisão preventiva decretada pelo Juiz processante, no Estado estrangeiro, e a ordem de captura encaminhada às autoridades brasileiras competentes, por via diplomática, com pedido de extradição, é de ser rejeitada a alegação de que não foi solicitada (a prisão) pelo referido Juiz. O art. 81 da Lei nº 6.815, de 19-8-1980, alterada pela Lei n. 6.964, de 9-12-1981, atribuía ao Ministro da Justiça o poder de decretar a prisão do extraditando. Tal norma ficou, revogada pelo inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em razão do qual, excetuadas as hipóteses nele referidas, 'ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade *judiciária competente.* Tal competência passou, então, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a quem caberá, também, relatar o pedido de Extradição, conforme decidiu o STF (RTJ 127/18).[68]

Em face disso, houve tão-somente a mudança de titularidade na autoridade competente para decretar a prisão do extraditando, que passou do Ministro da Justiça para o Ministro Relator do STF, autoridade judiciária competente, para apreciar a matéria de extradição.

Vale destacar, também, que o julgado referiu-se à "prisão preventiva" de modo inadequado, de vez que, *data venia,* se trata de prisão de caráter "administrativo" por ser o procedimento de extradição previsto na Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), que, em seu artigo 78 reza:

---

[68] HC 73.256-SP, DJU de 13-12-96, p. 50.161.

> Art. 78. São condições para concessão da extradição:
>
> I – ter sido o crime praticado no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e
>
> (...) – *omissis*.

Portanto, fora das hipóteses de aplicação da lei penal brasileira (art. 5°, c/c art. 7° CP) que dispõem sobre a territorialidade e extraterritorialidade.

Em razão disso, a rigor, como a prisão preventiva tem por pressuposto, consoante o art. 312 do Código de Processo Penal, a prova da materialidade de crime e indícios de sua autoria; e, que, igualmente, aplica-se no processo penal o princípio da territorialidade previsto no art 1° do citado diploma legal, com as exceções ali previstas, tem-se que a expressão mais adequada seria prisão administrativa e não prisão preventiva, como ficou consignado no acórdão acima referido.

Ainda, no que tange à prisão administrativa, há entendimento do STF no sentido de sua derrogação, em julgado trazido por DAMÁSIO E. DE JESUS ao comentar o art. 319:[69]

> DERROGAÇÃO – A CF de 1988, em seu art. 5°, LXI, extinguiu a possibilidade de a autoridade administrativa decretar a prisão das pessoas indicadas nos incs. I a III do art. 319. Hoje, somente a autoridade judiciária competente pode fazê-lo. De modo que cumpre à autoridade administrativa solicitar a prisão ao juiz competente. A prisão administrativa subsiste, tendo a nova CF apenas alterado a titularidade do poder de sua decretação. Nesse sentido: primitivo TFR, Comunicação de prisão administrativa n. 90,

em 15-12-88, DJU 10.4.89, p.4995. As duas turmas do STF, entretanto, com fundamento no texto constitucional, entendem que a prisão administrativa deixou de ser permitida em nosso sistema jurídico (RHC 66.905, 1ª T., em 4.11.88, DJU 10.2.89, p. 383; RHC 66.730, 2ª T., em 21.2.89, DJU 31.3.89, p. 4329; HC 67.228, Plenário, RT 642/375).

Cumpre alertar que os acórdãos trazidos pelo processualista Damásio E. de Jesus, na parte inicial trazem antigo posicionamento do primitivo TFR. Entretanto, afirma o mesmo autor na parte final que as duas turmas do STF, entendem que a prisão administrativa deixou de ser permitida no direito interno.

Com a finalidade de evitar eventual impunidade, ousa-se divergir desse posicionamento da Excelsa Corte, de vez que inexistem óbices legais que impossibilitem a conjugação dos dispositivos legais da prisão administrativa com as hipóteses previstas em leis especiais, nos moldes do art.319 e seus incisos I, II e III ("nos demais casos previstos em lei", referidos genericamente) do CPP, e, mormente do Estatuto dos Funcionários Públicos e outras leis orgânicas funcionais, ali abrangidos, coexistindo naquilo que não for incompatível com a exigência constitucional de que a ordem de prisão deva ser emanada de autoridade judiciária competente, em despacho fundamentado.

3.4.11 Prisão Civil

A prisão civil, como se sabe, é uma espécie da prisão administrativa em sentido amplo, sendo que o Código de Processo Penal reuniu no Capítulo V, do

---

[69] JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 223 p.

Título XI, sob a mesma rubrica geral, a prisão administrativa em sentido estrito (art. 319) e a própria prisão civil disciplinada pelo art. 320 do aludido diploma legal.

Assim, também na esfera civil e comercial é possível, doutrinariamente, a decretação da prisão, não como sanção civil, administrativa ou penal, mas como meio de obrigar alguém ao cumprimento de uma obrigação. Em decorrência de preceito constitucional, a prisão civil, só é possível nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável da pensão alimentícia ou do depositário infiel, a teor do disposto no art. 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Cumpre lembrar que o tempo de prisão civil deve ser levado em conta na pena aplicada em processo criminal pelo mesmo fato, em decorrência da detração (art. 42 do Código Penal).

A autoridade judiciária competente para a decretação da prisão civil, será, como é intuitivo, o magistrado que estiver no exercício de suas funções na esfera cível, ou, em instância superior, o Relator da matéria.

3.4.12 Prisão do depositário infiel

Dentre as diversas hipóteses de prisão civil, a prisão do depositário infiel é a que maior discussão acadêmica pode suscitar.

A prisão civil é possível no caso de depositário infiel, seja o depósito voluntário ou necessário, por tempo não superior a um ano. É o que dispõe o artigo 1.287 do Código Civil. Ainda, é possível a prisão do depositário infiel, segundo o

art. 904, p. único do mesmo diploma legal, a prisão do retentor do título (art. 885 do CPC), pelo Código Comercial, do comerciante que se recusa a exibir seus livros (art. 20), dos trapicheiros e dos administradores de armazéns de depósito que não entregam prontamente todos os efeitos que receberam e constam de seus recibos (art. 91), do condutor ou comissário de transportes pela entrega de gêneros (art. 114) e de depositário de coisa depositada (art. 284); pelo Decreto-Lei 7.661/45 (Lei de Falências), do falido que não cumpre os deveres que a lei falimentar lhe impõe (arts. 35, parágrafo único, e art. 60, p. 1°), do síndico por não entrar, em quarenta e oito horas, com qualquer alcance ou não prestar contas (art. 69 (art. 69, pp. 5° e 7°); pelo Decreto n. 21.981, de 19-10-32, do leiloeiro pela mora no pagamento do produto de leilão (art. 27, p. 4°), pela Lei n. 2.044, de 31-12-1908, de quem recusa entregar letra de câmbio recebida para aceite ou pagamento (art. 31 e parágrafo único); pela Lei n. 8.866, de 11-4-94, que dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, etc.

A respeito do posicionamento jurisprudencial da prisão de depositário infiel, convém esclarecer que os Tribunais superiores, STJ e STF, têm firmado entendimento diferenciado, com o STJ, sendo contrário à essa modalidade de prisão civil, enquanto que o STF, por maioria, defende a legalidade da prisão do depositário infiel, e, também do devedor fiduciante a ele equiparado. Veja-se alguns acórdãos, nos dois sentidos:

> **Prisão civil de depositário infiel (alienação fiduciária)** STF: "O Decreto-lei nº 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a

prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro. Precedente do STF (**RT** 721/556).

Contra – STJ: "A lei de Mercado de Capitais, alterada pelo Decreto-Lei n. 911/69, equiparou o devedor fiduciante ao depositário infiel tradicional (CC, art. 1.365) só para ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Violação do inciso LXVII do art. 5° da Constituição, que alterou cláusula constitucional anterior (art. 153, p. 17), e do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/91. Ordem concedida." (**RSTJ** 75/91). STJ: "O paciente foi condenado em ação de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, a restituir bem (veículo) objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Foi decretada a prisão civil do paciente. A Constituição Federal prevê a prisão por dívida em apenas dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5°, LXVII). No §. 2° desse mesmo artigo, está dito que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em 1.991, foram incorporados em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo 226, de 12-12-91, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por outro lado, no caso específico da alienação fiduciária em garantia, não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor. Ordem concedida". (**RT** 728/492).

No mesmo sentido, STJ: **RSTJ** 83/815.

(...)**Prisão em caso de penhor agrícola** – STF: "O depositário de bens penhorados, ainda que fungíveis, responde pela guarda e se sujeita à ação de depósito com implicação prisional; quando se trata de penhor sobre safra futura, é indispensável, para a procedência da ação de depósito, a comprovação de que a safra foi colhida. Precedentes. HC 73.131-RJ (prisão civil do devedor em alienação fiduciária). A prisão civil do depositário infiel é conseqüência de ação de depósito julgada procedente; se, ao contrário, a ação é julgada improcedente, não se cogita da prisão civil"(**RT** 731/503-4).

Relativamente à prisão do falido, consta o seguinte acórdão:

Prisão do falido - STJ: Não há ilegalidade na prisão administrativa do falido, face à atual Constituição, desde que o decreto seja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da CF). Por outro lado, a hipótese não está abrangida pela proibição do inc. LXVII, que não inova substancialmente em relação às Constituições anteriores". (**RT** 709/378). No mesmo sentido, STJ: **RSTJ** 77/274.

Todavia, recentemente, o STF, considerou inconstitucional a prisão do falido, mas, não foi encontrada a publicação do referido acórdão via **internet.**

Retornando ao tema da prisão do depositário infiel, resta saber atualmente como os Tribunais Superiores têm interpretado essa questão: há interpretação restritiva ou extensiva ao conceito de depositário infiel e prisão civil por dívida a que alude o art. 5º, LXVII da CF/88?. E, mais, como fica a aplicabilidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos?

No tocante ao posicionamento doutrinário, vimos anteriormente a respeitada opinião da internacionalista Flávia Piovesan, em sua obra "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", que se manifestou

contrariamente à prisão civil por dívida, em face da prevalência de norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, constante dos tratados internacionais que admitem apenas a prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar, tendo o Brasil ratificado estes instrumentos. Destaca a autora citada o seguinte entendimento jurisprudencial: [70]

> Neste sentido, merece destaque o louvável voto do Juiz Antonio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação nº 613.053-8, em que, ao afastar o cabimento da prisão civil por dívidas, fundamenta-se no Código de Defesa do Consumidor (art. 42), na Constituição Federal (art. 5°, LXVII) e nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, especialmente na Convenção Americana e no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Citando voto do Ministro Xavier de Albuquerque (RE n. 80.004), a doutrina de Haroldo Valladão e as lições de Hans Kelsen, o Juiz Antonio Carlos Malheiros argumenta: "Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, eqüivalem-se às próprias normas constitucionais. Isto exposto, lembra-se que a Convención Americana sobre Derechos Humanos, melhor conhecida como Pacto de San José, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 em seu art. 7°, reza: "Nadie será detenido por deudas. Este princípio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimentos de deberes alimentarios". Assim, também e, *data venia* notadamente, com base nisto, impossível a prisão por dívidas em casos como o em tela. (...) Como se isto não bastasse, temos também, em nossa legislação (e como já visto, de equiparação às normas constitucionais) também o "Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos" que, ratificado pelo Brasil, em seu art. 11, estabelece: "Nadie será encarcelado por el

[70] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. ão Paulo: Max Limonad, 2002. p. 118.

solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". Ao final, conclui o Juiz Antonio Carlos Malheiros: "Assim, difícil contrariar-se a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida (ou, até mesmo pelo não cumprimento de obrigação contratual), exceção feita aos inadimplementos de débitos alimentários, podendo-se até, diante de todo o exposto, discutir-se sobre ter continuado eficaz a previsão constitucional (art. 5°, LXVII), que fala de outros casos de prisão civil de depositário infiel, após o advento dos referidos dispositivos (também constitucionais), trazidos pelos citados tratados internacionais.

Em complemento ao acima exposto, é de se destacar outros entendimentos jurisprudenciais neste sentido: ver Apelação nº 601.880-4, São Paulo, 1ª. Câmara, 16.09.1996, relator Juiz Elliot Akel, v.u. e Habeas-Corpus nº 3.545-3 (95.0284358-8), Distrito Federal, 10.10.95, relator Ministro Adhemar Maciel. É de se observar não ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ainda que vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. A respeito, ver HC 72.131-RJ, 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27-05.1998 e RE 243613, 27.04.1999. Acrescente-se, a bem de um novo posicionamento jurisprudencial, que para o Ministro Carlos Velloso "a prisão do devedor-fiduciante é uma violência à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, que está incorporado ao direito interno". (RE-243613, relator Ministro Carlos Velloso, 19.02.1999).

Em outro julgado sobre o mesmo tema, e, ainda compartilhando do mesmo entendimento, também há que se destacar o voto vencedor do Juiz Ademir de Carvalho do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, na Apelação nº 515.807-2, em que o eminente Juiz afirma:

> A regra legal que estabelece a prisão para a hipótese de descumprimento dessa obrigação contratual está revogada, em função de ter o Brasil aderido ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e que passou a vigorar como lei em nosso país a partir do Decreto Presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992, editado com amparo no art. 84, inciso VIII, da atual Constituição Federal, e que, por dispositivo nela próprio contido, erige-se como garantia constitucional (CF, art. 5º, § 2º). E o art. 11, do mencionado Pacto diz textualmente: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual". Anote-se que o Congresso Nacional, em 12 de dezembro de 1991, aprovou inteiramente o texto do Pacto Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, tendo o Brasil depositado a Carta de Adesão àquele em 24 de janeiro de 1992, determinando, depois, o art. 1º do Decreto Presidencial nº 592/92 sua execução, e cumprimento de todos os seus dispositivos, inclusive o que está acima transcrito. Diante desses textos legais, de alcance constitucional inclusive, fica definitivamente afastada a possibilidade de prisão em decorrência da não entrega do bem, em ação de depósito, remanescendo a obrigação civil de sua entrega física, ou do seu equivalente em dinheiro, com possibilidade de execução pelo valor devido (quantia certa).

Pode-se afirmar, categoricamente, sem qualquer dúvida e, em apertado resumo, que estas considerações têm o propósito de revelar como intenso é o impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno. Considerando-se a natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, três hipóteses podem ocorrer, conforme destaca Flávia Piovesan:

> o direito enunciado no tratado internacional poderá: a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Já na segunda hipótese, estes tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.[71]

Entende-se oportuno objetar, a guisa de argumentação, o fato de que as autoridades diplomáticas ao celebrar um tratado internacional de tamanho impacto jurídico deveriam estar conscientes da grave responsabilidade que pesa sobre seus ombros, bem como do poder de que estão investidas que é quase assemelhado ao do Poder Legislativo pela implicação de ordem constitucional que podem conter, ainda que se considere que tais instrumentos de direito internacional deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Poder Executivo.

---

[71] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 120.

Retornando ao assunto da prisão de depositário infiel, destacamos o seguinte julgado:

> O Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, entende ser incabível a prisão de devedor fiduciante, como, aliás, tem sido este o seu posicionamento firmado:
>
> **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 149.518 – GOIÁS (1998/00663056-2)**
>
> **RELATOR : MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR**
>
> **EMENTA:** ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Prisão civil.
>
> Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária.
>
> Embargos acolhidos e providos.

Entretanto, em recente acórdão da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, o Excelso Pretório reafirmou a legalidade da prisão civil do depositário infiel validade esta que atinge o devedor fiduciante, que transcrevemos:

> **COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA**
>
> **D. J. 08.11.2002**
>
> **08/10/2002 EMENTÁRIO N. 2090 – 7 PRIMEIRA TURMA**
>
> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 352.735-5 MINAS GERAIS**
>
> **RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE**
>
> **EMENTA :** Prisão civil de depositário infiel (CF, art. 5°, LXVII) : validade da que atinge devedor fiduciante, vencido em ação de depósito, que não entregou o bem objeto de alienação fiduciária em garantia : jurisprudência reafirmada pelo Plenário do STF – mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (HC 72.131, 22.11.95, e RE

206.482, 27.5.98) – à qual se rende, com ressalva, o relator, convicto da sua inconformidade com a Constituição.

No corpo do retro mencionado acórdão, o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, destaca em seu voto:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (Relator) : O plenário do STF, em 27.5.98, ao julgar o RE 206.482, Maurício Corrêa, por maioria de votos, reafirmou a orientação já adotada no HC 72.131, 22.11.95, no sentido da legitimidade da prisão civil do devedor fiduciante, seja à vista do art. 5° , LXVII, da Constituição, seja à vista do art. 7 , nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica. (...) Convicto da inconstitucionalidade da prisão civil fundado na equiparação do devedor fiduciário ao depositário, reafirmei então o voto que proferira no HC 72.131, ficando novamente vencido, na honrosa companhia dos ems. Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.(...) Sem perspectivas visíveis de sua reversão, posto ressalvo minha velha convicção em contrário – à qual, com todas as vênias sigo fiel – devo render-me à jurisprudência.(...) Assim sendo, conheço do recurso e lhe dou provimento : é o meu voto.

Tendo em vista a persistência do Supremo Tribunal Federal, a cujo órgão compete, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, *caput,* da CF/88), em manter o seu entendimento no sentido da legalidade da prisão civil do devedor fiduciante equiparado ao depositário infiel, apesar da inconstitucionalidade apontada pelo mencionado relator, como se viu acima, deve-se, temporariamente encerrar a transcrição de jurisprudências sobre este assunto, não sem antes deixar aqui neste tópico registrados, como crítica acadêmica, objeto de estudo dos cursos

de mestrado, este inconformismo em contrário ao posicionamento jurídico adotado pela Suprema Corte, procurando sempre enaltecer o brilhante voto do eminente Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

3.4.13 Prisão Civil do Devedor de Alimentos

No que tange aos alimentos, dispõe o artigo 733, § 1°, do Código de Processo Civil que, se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses, sendo pacífico o entendimento de que se refere a lei a alimentos provisórios, provisionais ou definitivos. Por outro lado, o artigo 19 da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos) prevê o limite de 60 (sessenta) dias para a prisão necessária ao cumprimento do julgado ou do acordo na questão de alimentos. Entende-se que o limite de 60 dias se refere ao não-cumprimento da sentença definitiva ou acordo e o de três meses para o caso de alimentos provisionais em decisão cautelar (liminar ou final). A jurisprudência tem se orientado no sentido de que a prisão por dívida de alimentos só deve ser decretada em casos extremos, de evidente frustração da execução pelo devedor. Há entendimentos de que, embora haja discussão a esse respeito, que pode a prisão ser decretada e imposta tantas vezes quantas necessárias ao cumprimento da obrigação, pois o impedimento ao art. 733 do CPC foi revogado pelo art. 4° da Lei n. 6/014, de 27-12-73, que restabeleceu o p. 1° do art. 29 da Lei n. 5.478/68.

A seguir, transcreve-se alguns julgados:

> Prisão por alimentos - STF: O STF já firmou o entendimento de que a prisão civil é cabível quer se trate de alimentos provisionais, quer se trate de alimentos definitivos" (RT 567/226).

Prazo de 60 dias – STF: Prisão civil por dívida de alimentos; não se restringe, após o advento do Código de Processo Civil de 1973, à hipótese de alimentos provisionais. É de sessenta dias, porém, tratando-se de alimentos definitivamente fixados por sentença ou acordo, o prazo máximo da prisão" (RTJ 87/67). No mesmo sentido, RT 545/347 e 556/358.

Como se viu, à vista do que ficou exposto, nos capítulos anteriores, dentre as formas de prisão civil, a única admitida pelas regras de direito internacional, em especial, pelo Pacto de São José da Costa Rica e que foi incorporada ao texto constitucional brasileiro, figura a prisão decorrente de obrigação alimentícia.

A Constituição Federal, no art. 5°, inciso LXVII diz o seguinte: "LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;"

Já o art. 733, § 1° do Código de Processo Civil assim dispõe: " Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão."

Discute-se se é possível a prisão por inadimplemento de obrigação alimentícia, ser decretada *ex officio* pelo juiz competente na esfera cível.

A redação do dispositivo legal acima referido é clara quanto a essa possibilidade. No entanto, convém trazer o seguinte julgado: "Não obstante a redação imperativa do art. 733, 1° do CPC, a prisão civil do devedor de alimentos não pode ser decretada de ofício."(RT 488/294 e Bol. AASP 918/85).

É possível perceber-se que a legislação infraconstitucional a respeito da prisão *ex officio* do devedor de alimentos, em momento algum, impede a decretação pelo juiz sem o prévio requerimento do credor.

A esse respeito, é oportuno transcrever o disposto no art. 461, § 5° do CPC, *in verbis:*

> "Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

Para complementar este tema, vale trazer a autorizada opinião de Marcelo Lima Guerra, que defende a efetividade da tutela jurisdicional, como vem transcrita de sua obra "Execução forçada", para quem:

> tal direito não corresponde apenas ao de obter uma providência de mérito, ou seja, que dê uma resposta à pretensão deduzida pelo autor, seja para acolhê-la seja para rejeitá-la. Corresponde, sim, ao direito de receber uma resposta efetiva, de modo que, sendo favorável, a providência jurisdicional proporcione ao autor vitorioso tudo aquilo, exatamente aquilo que lhe foi reconhecido como devido. [72]

3.4.14 A Prisão Civil no novo Código Civil

O novo Código Civil, que, recentemente entrou em vigor (11.01.03) manteve a prisão do depositário infiel a teor do artigo 652, *in verbis*:[73]

> Art. 652- Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

O anterior Código Civil, em seu artigo 1.287 dispunha:[74]

> Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos. (art. 1.273).

Comparando-se os dois dispositivos legais acima descritos, observa-se que as redações são quase idênticas, prevendo-se a prisão civil do depositário infiel.

A propósito, nenhuma alteração deveria daí advir, em face do disposto na Constituição Federal de 1988, como já visto, no art. 5°, LXVII :

> Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

---

[72] GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada.** Rio de Janeiro : Editora Revista dos Tribunais, 1995. v. 32. p. 64.

[73] SABATOVSKI, Emílio / FONTOURA, Iara P./ Melissa Folmann. Organizadores. **Novo Código Civil**. 3.Ed. Curitiba : Juruá, 2002. p. 63.

[74] NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e legislação civil em vigor.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 194.

Entretanto, como se recorda, tal norma constitucional é colidente na parte em que dispõe sobre a prisão do depositário infiel com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia Geral da ONU:

Art. 11- Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual

.

O referido pacto foi acolhido pelo direito interno através do Decreto n. 592, de 06.07.92 :[75]

Art. 1° - O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Igualmente, o Decreto n. 678, promulga a Convenção sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que prevê em seu art. 7°, item 7:

Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O art. 1° do referido Decreto Presidencial n. 678/92, do mesmo modo dispõe:[76]

---

[75] SABATOWSKI, Emilio / FONTOURA, Iara P. / FOLMANN, Melissa. Organizadores. **Constituição Federal de 1988 & Convenções Internacionais**. 10ª ed. Curitiba : Juruá, 2002. p. 205.

[76] SABATOVSKI, Emilio et alii. ob. cit. p. 215

Art. 1° - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22/11/69, apensa ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Como se infere dos dispositivos legais acima descritos, o Brasil adotou ambos os tratados, que têm, hierarquicamente, o mesmo *status* de norma constitucional, como já focalizado na parte inicial desta dissertação, por força do disposto no próprio art. 5° p. 2°, que reza:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja parte.

4 AUTORIDADE COMPETENTE

4.1 AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

No campo do direito administrativo, autoridade é o agente público dotado de poder para a prática de ato administrativo, agindo com a supremacia do Estado e gerando em nome deste imposições e responsabilidades.

Abrange tanto os agentes políticos (como juízes e promotores), como os agentes administrativos (Delegados de Polícia, oficiais de justiça, etc.).

Ao determinar uma prisão realiza o juiz, seu agente ou a polícia (no caso de flagrante delito), ato estatal como Autoridade, gerando efeitos impositivos ao cidadão (pela supremacia de poder com que atua o agente público – em nome do Estado) e responsabilidades (ao cidadão, ao agente e ao Estado).

O ato de prisão, objeto deste trabalho, é ato vinculado e daí, inclusive, a necessidade de fundamentação exigida pela norma constitucional, para a conferência de seguimento de legalidade.

Inicialmente, convém trazer a lume a conceituação de autoridade administrativa.

No Direito Administrativo ressalta-se a figura dos agentes públicos. Estes estão incumbidos de praticar uma determinada função estatal, ainda que, transitoriamente e sem remuneração.

Hely Lopes Meirelles, em sua conceituada obra "Direito Administrativo Brasileiro"[77]

> *Agentes* públicos são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. (...) Os *cargos*, como já vimos, são apenas os lugares criados no *órgão* para serem providos por *agentes* que exercerão suas *funções* na forma legal. (...) *Órgão, função* e *cargo* são criações abstratas da lei; *agente* é a pessoa humana, real, que infunde vida, vontade e ação a essas abstrações legais.

Como se depreende da conceituação do citado autor administrativista, essas *funções* são os encargos atribuídos aos órgãos, cargos e agentes. Vale dizer, em termos de direito administrativo, toda função é atribuída e delimitada por uma determinada norma legal. Essa atribuição e delimitação funcional, caracteriza aquilo que se denomina de *competência* do órgão, do cargo e do agente, isto é, a natureza da função e o limite de poder para o seu desempenho.

Em face disso, entende-se que quando o agente ultrapassa esse limite, atua com *abuso ou excesso de poder,* podendo ser responsabilizado na esfera administrativa, bem como na civil ou penal.

Conforme quer dizer o citado autor esses *agentes públicos*, pertencem ao:

---

[77] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo:

" gênero que acima conceituamos, se repartem inicialmente em quatro espécies ou categorias bem diferençadas, a saber: *agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados*, que por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo."

Como bem acentua Hely Lopes Meirelles, na seqüência:

> *Agentes políticos* são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao *regime jurídico* único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. Os *agentes políticos* exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as *autoridades públicas supremas*, do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder.

Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1990. p. 66.

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas, Daí porque os *agentes políticos* precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.[78]

Interessante a observação do autor ao exemplificar quais os agentes políticos que são assim considerados, dentre eles:

> ... os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público.[79]

---

[78] Ob. cit. p. 67.

[79] ob. cit. p. 69.

> *dare*, como diziam os romanos), - a do Poder Executivo executar as leis, - é função própria e exclusiva do Poder Judiciário dizer a lei existente aplicável a um fato ocorrente nas relações entre indivíduos, *jus dicere*. (...) A jurisdição pode ser definida como à função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão. Nisto reside a essência e substância do poder jurisdicional.

Embora seja a função de julgar específica do Poder Judiciário, em casos especiais, essa função de julgar, anomalamente, pode passar ao Poder Legislativo, como exemplificativamente ocorreu, no caso de *impeachment* do Presidente da República, recentemente aplicado ao ex-Presidente da República, Sr. Fernando Collor de Mello, julgado pela prática de crime de responsabilidade pelo Senado Federal, a quem compete privativamente aquela especial função julgadora, a teor do artigo 52, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

> Compete privativamente ao Senado Federal:
>
> I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

Além deste exemplo, outros existem de permeação de funções de um Poder a outro sem que haja comprometimento à observância dos princípios de independência e equilíbrio que entre si devem ser resguardados, quando, *verbi gratia*, os Chefes dos Poderes Legislativo ou Judiciário editam decretos de caráter

---

[80] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. v. I . p. 179.

administrativo, próprios da função de executar as leis, para o preenchimento de seus cargos públicos, mas, que refogem ao objeto deste trabalho.

Mais adiante, o mesmo autor processualista penal, distingue:[81]

> Não se deve confundir a função jurisdicional com as funções judiciárias em sentido estrito. Todos os atos ou atividades que provenham de órgãos do Poder Judiciário são judiciais ou judiciários; todavia, nem todos têm o caráter de ato jurisdicional. Há, assim, função judiciária em sentido lato, que se divide em função jurisdicional e função judiciária em sentido estrito. (...)O Poder Judiciário não está confinado, no exercício de suas atribuições, à aplicação da *norma agendi* aos casos contenciosos, porquanto, ao lado dessa função outras se encontram confiadas aos juízes e tribunais, algumas vezes em virtude de previsão constitucional , em outras ocasiões, sem que exista prévia referência da lei constitucional. Em relação à magistratura, os atos que ela pratica têm a denominação genérica, de *atos judiciários*, em contraposição a *atos jurisdicionais*, que são aqueles em que se consubstancia a sua função específica. (...) Entre as funções judiciárias anômalas, ou resultantes de interferência funcional, há os atos de governo interno dos órgãos judiciários, como acontece nos casos especificados no art. 97 da Constituição Federal. Há, ainda, os atos de jurisdição voluntária e outras funções que são atribuídas em lei ao Poder Judiciário e que, no entanto, poderiam ser dadas a outros órgão estatais. Na justiça criminal, podem ser mencionados entre os casos de interferência funcional ou anômalos, de caráter judiciário: a) a fiscalização a respeito da obrigatoriedade da ação penal (Cód. de Proc. Penal, artigo 28); b) a comunicação de crime e o recebimento da representação (*idem*, arts. 40 e 39, p. 4°); c) o procedimento *ex officio*, iniciado mediante portaria do juiz, nas contravenções penais (*idem*, arts. 26 e 531).

---

[81] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. v. I p. 183.

É de se grifar que o mencionado autor referiu-se ao artigo 97 da antiga Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, cujo texto é o seguinte:[82]

> Art. 97 – Compete aos tribunais:
>
> I – eleger seus presidentes e demais órgãos de direção;
>
> II – elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;
>
> III – conceder licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros e aos juízes e serventuários que lhe forem subordinados.

Por outro lado, o grande mestre processualista acima citado, fez referência na parte final, letra *c*, ao procedimento penal *ex-officio* previstos pelos arts. 26 e 531 que foram ab-rogados pelo art.129, inciso I da Constituição Federal de 1988, que delegou ao Ministério Público, como função institucional, "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.".

Ao analisar a matéria relativa à competência penal, José Frederico Marques, na clássica obra já citada anteriormente, ensina: [83]

> O poder de julgar, ou jurisdição, é distribuído entre os vários órgãos do Poder Judiciário, através da competência, que é a medida e o limite da jurisdição. (...) Assinalou CALAMANDREI que a fixação da competência se dá por meio da paulatina concretização do poder jurisdicional. Jurisdição é função que tem todo órgão judiciário.

---

[82] LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil 1946**. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 38.

Juiz é aquele que julga, é o órgão estatal investido do poder de julgar. Todavia, as limitações estabelecidas pela competência especificam o âmbito desse poder: o juiz de determinada vara de uma certa comarca somente exerce o poder jurisdicional em relação a alguns casos criminais e durante determinadas fases dos processos em que esses casos são apreciados e focalizados.(...)Realiza-se essa concretização do poder jurisdicional em razão de dois elementos: a *causa criminal* e os *atos processuais*. Um órgão judiciário é competente para conhecer e julgar de determinadas causas, e, dentro do processo onde o litígio penal é debatido, em razão, primeiramente, de sua natureza. É a lide penal que vai fornecer os dados necessários à delimitação do poder de julgar do órgão judiciário. Verificada, assim, a competência de determinado órgão para determinada causa, é preciso indagar que atos processuais pode ele praticar no procedimento a essa causa relativo. E isto porque, quase sempre, não é um só juiz que pode funcionar num processo. No Júri, por exemplo, julgam em conjunto juízes populares e juízes togados. Numa causa decidida em primeira instância, funciona, em seguida, a jurisdição de segundo grau, desde que tenha havido recurso. E assim por diante.(...) Com base nesses dados, a competência distingue-se em *material* e *funcional*: aquela delimita objetivamente a competência dos órgãos judiciários, tendo em vista o litígio; e a última, *ratione muneris*, com base nos atos que esses órgãos podem praticar em determinado processo onde o litígio se contém. (...) Adaptando, assim, ao processo penal, a distinção decorrente da diferença do modo de ser da *lide* e do modo de ser do *processo*, diz CARNELUTTI que o critério fundamental para a construção dogmático-jurídica da competência se baseia na antítese *sujeito* e *objeto* do poder jurisdicional, conforme este seja limitado pela natureza dos atos que deva realizar, ou dos fatos em relação aos quais deva operar. No primeiro caso, os poderes jurisdicionais são distribuídos e limitados *funcionalmente*, e no segundo, *materialmente*: donde distinguir-se uma competência material e outra funcional.(...) Na competência funcional, o poder

---

[83] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. p.233.

de julgar é distribuído, no desenvolvimento da relação processual, de acordo com as *fases do processo*, ou o *objeto do juízo*, ou o *grau de jurisdição*. Na competência material, é o litígio, a lide, a causa, enfim, que fornece o critério de discriminação, ou em razão da natureza da lide (competência material em sentido estrito), ou em razão da sede da lide (competência territorial ou de foro) ou pela qualidade e quantidade da pena.(...) A concretização do abstrato poder jurisdicional, que é conferido a todos os órgãos judiciários, deve ser examinada, primeiramente, no setor da competência material.(...) A Constituição Federal distribuiu o poder jurisdicional entre grupos ou categorias de tribunais e juízos, ao criar, ao lado da justiça comum, as denominadas justiças especiais. Esta é a primeira delimitação do poder jurisdicional, o primeiro plano de sua paulatina concretização." (...) Depois de traçado, pela Constituição o âmbito das jurisdições, o poder de julgar, dentro de cada uma, é dividido, territorialmente, através da competência do foro. Isto quer dizer que a competência material de cada jurisdição é repartida *ratione loci* entre os vários órgãos judiciários que a compõem. (...) A competência territorial é a divisão do poder de julgar em razão das circunscrições em que o país está dividido. O Estado brasileiro, no tocante à jurisdição penal comum, distribui o poder de julgar, territorialmente, tomando por base as unidades federativas que o compõem. (...) Por isso mesmo, cada uma dessas unidades da Federação se encontra dividida em circunscrição onde os magistrados de primeiro grau exercem sua jurisdição. O poder de julgar de cada juiz se estende à circunscrição territorial em que exerce o seu cargo. Se mais de um juiz houver, nessa circunscrição, a distribuição, entre eles, do poder de julgar é assunto que refoge da competência territorial para situar-se no campo da competência de juízo (*infra*, n.125). (...)

Em face do que foi exposto, como se sabe, decorre a divisão do foro competente em foro *geral* ou *comum* e foro *especial*, e em foro *principal* e foro *subsidiário*.

Perante o Direito brasileiro, o foro comum ou geral, na justiça criminal, é o do lugar da infração, isto é, o denominado *forum delicti commissi*. É o que diz o art. 70 do Código de Processo Penal, *caput*, *in verbis*: "A competência será, de regra, determinada pelo lugar da infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

Havendo no foro competente mais de um juízo ou vara, surge o problema da competência de juízo, a qual é regulada nas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri, como diz o art. 74 do Cód. de Proc. Penal, *in verbis:*

> Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

Na lição de José Frederico Marques: "O juízo da lide penal descansa em dados objetivos desta, visto que a competência de juízo é discriminada *ratione materiae*. Ou, então, quando todos os juízes têm as mesmas atribuições em razão da matéria, mediante a distribuição. Podem também ser conjugados os dois critérios."

Mais adiante, continua o saudoso processualista penal pátrio: "Os casos de competência originária *ratione personae*, chamados pelo Código de "competência pela prerrogativa de função" (Livro I, tít. V, cap. VII), têm, quase todos, por fundamento, a própria Constituição, embora a lei ordinária possa ampliar os casos constitucionais."[84]

---

[84] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. p. 246.

Pode-se concluir que, em face dessas disposições legais sobre a competência originária, primeiramente, cumpre observar quando do cometimento de um delito, se o agente tem o privilégio da prerrogativa de função. Caso exista esta situação de nada adiantaria analisar-se o local da infração, que é a regra geral de competência, ou outra qualquer modalidade de fixação da competência.

Como ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua conhecida obra "Código de Processo Penal comentado", cabe essa importante distinção:[85]

> Se o foro é pela prerrogativa de função, é em homenagem a essa função que se concede o foro privativo.(...) Insta esclarecer que nessas hipóteses de competência originária *ratione personae*, pouco importa qual tenha sido o *locus comissi delicti*. Em face da redação do art. 108, I, *a,* da CF (dando competência aos TRF para processar e julgar os Juízes federais da sua respectiva área) e considerando o que dispõe o art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, determinando que, no caso de prisão em flagrante de Magistrado, deve a autoridade fazer imediata comunicação e sua apresentação ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado, não resta dúvida de que o processo e julgamento das pessoas que desfrutam do foro privativo, pouco importando o lugar onde se consumou a infração, devem tramitar perante o Tribunal sob cuja jurisdição estiver. A propósito: "*Ministério Público*. Para julgamento de membro do Ministério Público, competente é o Tribunal de Justiça do Estado onde ele exerce sua função, ainda que o delito tenha sido praticado em outro Estado da Federação" (TJMG, RT, 712/442)

Muito embora o tema seja palpitante, cumpre esclarecer que o objetivo deste trabalho não é o de trazer à colação noções mais aprofundadas sobre a

---

[85] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 196.

matéria relativa à jurisdição e à competência, que são temas cuja relevância no campo processual penal têm grande importância, apesar da natural complexidade que os mesmos contêm. Mas, tão-somente, o de dar uma idéia ainda que superficial sobre o que se deva considerar como autoridade competente para decretar a prisão, e sua legitimidade conseqüente para a prática daquele ato judicial como garantia constitucionalmente assegurada. Em razão dessas ponderações, finaliza-se aqui esta breve abordagem em pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre esse tema.

Na seqüência deste trabalho, examina-se a questão da autoridade competente incumbida de emitir a ordem escrita destinada à decretação da prisão de alguém, que, como é cediço, após o advento da Constituição da República de 1988, somente poderá ser a autoridade judiciária.

Vale dizer, essa autoridade judiciária deverá estar investida constitucionalmente de suas funções jurisdicionais, e, uma vez atendidas as normas constantes da Lei Orgânica da Magistratura Nacional ou diploma legal equivalente - seja o magistrado pertencente à qualquer grau de jurisdição da Justiça Federal, Estadual ou Especial – ou, dos regimentos internos dos Tribunais; ou, do Código de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados, ou diploma legal assemelhado; deverá ela ser considerada a autoridade judiciária competente para expedir aquele ato judicial.

Poderá ser, exemplificativamente, no âmbito da Justiça Estadual, um Juiz Substituto ou um Juiz de Direito, em primeira instância; ou, um Juiz do Tribunal de Alçada, um Desembargador ou um Ministro dos Tribunais Superiores, julgando

matéria recursal, desde que o magistrado tenha competência legal para decretar a prisão, e, ainda assim, através de despacho motivado e fundamentado, como exigência da regra prevista pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, sob pena de nulidade. Fora disso, a prisão será considerada ilegal, salvante os casos de flagrância delitiva, estado de defesa, estado de sítio e recaptura de preso evadido que independem de ordem escrita bem assim das hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar, cuja legalidade da prisão será aferida pelas autoridades judiciárias militares competentes a que alude o art. 5°, inciso LXI de nossa Carta Magna.

Quando se menciona juiz competente, está-se referindo igualmente a um dos pressupostos processuais, que Afrânio Silva Jardim, em sua obra "Direito Processual Penal", assim classifica: [86]

> Dentre as classificações dos pressupostos processuais adotados pela doutrina, as duas de maior aceitação em nosso país partem de critérios classificadores distintos.(...) Primeiramente fala-se de pressupostos processuais de existência e de validade do processo. Os primeiros seriam requisitos sem os quais o processo não chegaria sequer a existir no mundo jurídico, haveria tão-somente uma aparência, um simulacro de processo. Já os pressupostos de validez condicionariam, não mais a existência do processo, mas sim o seu regular desenvolvimento.(...) Outra classificação divide os pressupostos em subjetivos e objetivos. Por sua vez, os subjetivos se subdividem em pressupostos relativos ao Juiz (órgão investido de jurisdição, Juiz competente e Juiz imparcial), e relativos às partes (capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade de postular em juízo). Já os pressupostos objetivos são subdivididos em

> extrínsecos e intrínsecos. Os primeiros dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos (coisa julgada, litispendência etc.), e os segundos referem-se à subordinação do procedimento às normas legais.

Como já proclamado, no direito interno, somente a autoridade judiciária competente e legalmente investida de suas funções jurisdicionais, e, ainda, no exercício do cargo para o qual estiver nomeada, é quem poderá expedir, motivada e fundamentadamente, ordem de prisão nos casos em que a lei permitir.

4.3 AUTORIDADE COMPETENTE NO DIREITO COMPARADO

Todavia, em Portugal, segundo o escólio de Jorge de Figueiredo Dias, o Ministério Público, também poderá impor prisão ao argüido (arts. 291 e seguintes do CPP português), como se observa de sua obra "Direito Processual Penal" em dado trecho, discorrendo sobre "a posição do direito processual penal português actual na querela", destaca:[87]

> Postas as premissas anteriores, facilmente se apreenderá a razão por que a doutrina entre nós dominante – e talvez não fosse aventuroso chamar-lhe mesmo pacífica – afirma não corresponder a estrutura actual do processo penal português ao modelo de um puro processo de partes. *a)* Desde logo, pertence à estrutura de um puro processo penal de partes que estas – o MP e o argüido – se encontrem *jurídica e facticamente no mesmo nível,* quer dizer, que a legislação obrigue o julgador a valorar por forma igual a posição

---

[86] JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 54.

> das partes e que estas disponham, no plano das realidades práticas, de uma (se assim nos podemos exprimir) "igualdade de oportunidades" no tratamento do objecto do processo; é o que sucede, patentemente, com o autor e o réu no processo civil.(...) Ora, no processo penal português – como, pode dizer-se, em todos os do continente europeu – nem deve afirmar-se que MP e argüido se encontram praticamente armados com as mesmas possibilidades, nem sequer que os interesses por um e outro prosseguidos surjam aos olhos do Estado e da comunidade jurídica, revestidos de idêntico valor. Logo deste ponto de vista faltam, pois, as condições absolutamente indispensáveis à existência de um verdadeiro processo de partes. (...) É na verdade indiscutível que o MP surge, no nosso processo penal, em posição jurídica *supraordenada* à do argüido e que isto mesmo se patenteia nos poderes e funções que processualmente lhe assistem: o MP tem por si, desde logo, todo um aparato investigatório e coactivo (o poder do Estado, as forças policiais e de segurança, os estabelecimentos especializados de investigação, etc.) de que pode e deve dispor livremente e que falta por completo ao argüido; o MP pode, depois, impor ao argüido a prisão – mesmo independentemente da prévia formação da culpa (CPP, arts. 291° e seguintes) – e, ao argüido ou a terceiros, buscas e apreensões (DL nº 35.007, art. 12° § 2°, referido aos arts. 202° e seguintes do CPP), exames (arts. 175 e seguintes do CPP), em suma, toda uma série de medidas coercivas de limitação e de privação da liberdade das pessoas.

Interessantíssima essa posição do MP português, com muitos e maiores poderes bem diversos dos que são conferidos ao nosso Ministério Público pela legislação processual penal pátria. Sob a ótica do aparelhamento estrutural e funcional posto à disposição do Ministério Público em nosso país, ainda que se enalteçam as conquistas obtidas pela Carta Magna de 1988, muito há que se fazer,

---

[87] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1974. v. 1. p. 249 – 250.

ainda, para uma aprimoramento de suas funções institucionais, atingindo um "status" equiparável aos sistemas europeus.

O citado processualista penal português, analisando o direito processual penal no sistema jurídico adotado em nossa pátria-mãe, na mesma obra acima mencionada, assim destaca:[88]

> ... e) Finalmente têm foros de garantias constitucionais os princípios da *inviolabilidade do direito de defesa* e da *tutela da liberdade pessoal.*"(...) Sendo o processo penal, por outro lado, um procedimento em relação ao qual são notáveis as possibilidades de restrições e violações da liberdade pessoal dos cidadãos, é relevantíssima a tutela que desta se encontra na Constituição, através dos princípios da *proibição da prisão preventiva* (art. 8°, nº 8°, com excepção dos casos previstos nos §§ 3° e 4°), da *exigência, para a prisão fora dos casos de flagrante delito, de ordem por escrito da autoridade legalmente estabelecida* (art. 8°, § 4°, Ia. Parte) e da *concessão da providência do habeas corpus* (art. 8°, § 4°, in fine).

Como se depreende do comentário supra, o direito português não admite a prisão preventiva, a não ser em casos excepcionais, e exige, salvante os casos de flagrância delitiva, ordem escrita da autoridade legalmente estabelecida, não sendo tal ordem emitida exclusivamente pela autoridade judiciária competente, como acontece em nosso sistema jurídico.

---

[88] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1974. v. 1. p. 79 – 80.

No direito português, a autoridade policial, em determinadas situações também pode efetuar a prisão, como esclarece José Antônio Barreiros, em sua conhecida obra "Processo Penal"[89]

Medidas restritivas ou privativas da liberdade individual

O problema em apreço consiste em duas ordens distintas de questões:

I) – saber se as entidades policiais podem determinar medidas de restrição ou privação da liberdade individual;

II) – saber se a legalidade de tais medidas se deverá aquilatar quanto à totalidade das actividades policiais, ou tão somente quanto ao desempenho de funções de polícia judiciária.

A resposta à primeira questão, tal como está enunciada, não pode deixar de ser positiva, pois que é facto indesmentível que, co-naturalmente ao próprio exercício da função judicial, ou pela menos a certos aspectos dela, existe o exercício, ainda que controlado, da força, o que arrasta, por conseqüência, uma restrição do poder de agir de quantos não queiram sujeitar-se a tal actuação forçosa. (...) O elemento que parece determinar a pertinência jurídica da questão radica precisamente na segunda delas.(...) É que, das várias formas de actividade policial (preventiva, repressiva e informativa), a actuação limitadora ou cassadora da liberdade, pode apresentar-se como mais freqüente e natural em algumas delas (v.g. na repressiva) e, no entanto, ser aí mesmo que coloca problemas de maior melindre. (...)De facto, a restrição ou privação da liberdade individual por acto de polícia pode ocorrer:

I) no âmbito de uma actividade policial de tipo puramente administrativo – v.g. retirada dos ocupantes de um prédio em vias de ruína ou proibição cautelar de certa atividade perigosa;

---

[89] BARREIROS, José Antônio. **Processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1980. p. 362.

> II) no âmbito de uma actividade de tipo preventivo – v.g. detenção de indivíduo suspeito, que aparente estar em vias de praticar uma conduta criminosa;
>
> III) no âmbito de uma actividade de tipo repressivo ou de investigação – detenção de um indivíduo que se recuse a comparecer para declarações."
>
> Quanto à legalidade destas, parece-nos que só os dois últimos tipos nos interessam para o âmbito deste trabalho. (...) O primeiro pode reportar-se ao conceito de flagrante delito, o qual aqui vale como elemento e critério definidor do limite máximo do âmbito de actuação policial. (...) Parece-nos, pois, claro que, *no que toca à sua actividade preventiva,* as entidades policiais não podem efectuar detenções, senão no quadro de um *flagrante delito,* tal como é definido no art. 288° do Código.

Mais adiante, após traçar considerações sobre a prisão em flagrante delito, o mesmo autor, conclui utilizando-se de interpretação sistemática: "Deste modo, e como conclusão preliminar à face da Constituição e da tradução objetiva dos princípios constitucionais, operada pelo Decreto-Lei nº 377/77, somos levados a concluir que a prisão preventiva fora de flagrante delito pode ocorrer por acto de entidade não judicial, sujeito embora à validação da entidade judicial." [90]

Em face do que ficou exposto, no direito português existe um controle judicial sobre as detenções determinadas pelas entidades não judiciais, seja o Ministério Público ou a entidade policial, as quais devem submeter à consideração do juiz acerca da legalidade dessas prisões, em um dado prazo, a fim de serem validadas ou mantidas.

---

[90] ob. cit.p. 370.

No direito italiano também é possível ao Ministério Público ordenar a detenção de pessoas suspeitas de haver cometido um delito, além de outras atribuições legais.

Veja-se, nesse sentido, o entendimento doutrinário de G. Morosi, A, Pérez Lance, F. Posse e D. Rafecas, na obra "Sistemas procesales penales comparados" dirigida por Edmundo S. Hendler: [91]

> **La coerción (detención, arresto, prisión preventiva, medidas sustitutivas de la prisión)**
>
> La detención está reglada en el Código desde dos puntos de vista, de los cuales en uno de ellos se distinguen a su vez, dos subvariantes (detención por oficiales y agentes de la Polícia Judicial). Asimismo, está prohibida la detención en otros casos. (...) c) *Detención de la persona sospechosa de haber cometido un delito:* Además de los casos de flagrancia, cuando concurran concretas circunstancias que permitan creer que existe fundado peligro de fuga, el Ministerio Público puede ordenar la detención de la persona sospechosa de haber cometido un delito para el que la ley prevea pena de reclusión perpetua o por delito cuya pena sea no inferior en el minimo a dos años y en el máximo a seis, o por haber cometido un delito com armas de guerra o explosivos. En estos casos, la Policía Judicial puede actuar de oficio y antes que el Ministerio Público haya ordenado la detención y/o cuando concurran circunstancias que permitan presumir peligro de fuga del sospechoso y no se pueda, por las circunstancias del caso, instar la oportuna resolución del Ministerio Público (art. 384).

---

[91] HENDLER, Edmundo S. (Director). **Sistemas procesales penales comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1999. p. 154.

Na mesma obra supra referida, sendo Diretor Edmundo S. Hendler, os autores C. Ávila, M. Borinsky, E. Fernández e D. Lago, analisando o sistema processual penal espanhol, descrevem as formas de coerção pessoal. [92]

Veja-se a esse respeito, que a prática é conhecida como "retenção", por se tratar de uma forma de privação temporária do direito de liberdade, tão-somente para fins de identificação de pessoa suspeita, a fim de impedi-la do cometimento de um delito ou falta, seguido de acompanhamento a um módulo policial próximo.

Os autores continuam, em seguida, a tecer considerações sobre a detenção:

a) *La detención ejercida por los particulares*. En primer lugar cabe analizar los casos en que presenta la "detención por particulares". El art. 490 menciona, taxativamente, los

---

[92] **"La coerción (detención, arresto, prisión preventiva, medidas sustitutivas de la prisión, etcétera)**

Las medidas cautelares personales durante el proceso.

La LECr. Há normado todo lo referente a medidas cautelares personales durante el proceso en el Libro II "Del Sumario", Título VI "De la citación, de la detención y de la prisión provisional".

"La citación cautelar

Sara Aragoneses Martínez considera que la primera de estas medidas, prevista en la LECr., es la denominada "citación cautelar". Ésta se realiza al solo fin de oír al sujeto que se encuentra imputado en un acto punible (art. 486), pudiendo el juez instructor mandar ello durante toda su intervención (art. 488). Si éste no compareciere, y al mismo tiempo no justificare causa legítima que se lo impida, la orden de citación se puede convertir en orden de detención (art. 487)."

"La detención"

"Sin embargo, resulta ser la "detención", la medida cautelar personal que mayores problemas apareja."

"La CE, en su art. 17.1, establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino com la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley", y es a partir del art. 489 que la LECr. regula todo lo atinente a la detención de las personas."

"Sin perjuicio de ello, el art. 20 de la Ley de Proteción Ciudadana ampara una conducta habitual de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, quienes luego de solicitar a los particulares su identificación, en caso de no poder ésta establecerse, "... para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infración, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten com medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible". Esta prática, conocida como "retención", no parece guardar claridad a la luz del texto constitucional, ..." ob. cit. p. 77

casos en que cualquier ciudadano puede – téngase presente que nos encontramos frente a una "facultad" – proceder a la detención de una persona, refiriéndose fundamentalmente a casos de flagrancia (incs. 1° y 2°), casos en que se hubiera producido la fuga del lugar donde se hallare detenido por orden judicial (incs. 3°, 4°, 5° y 6°) o en aquellas situaciones en que el sujeto se hallaba en rebeldía (inc. 7°). (...) b) *La detención realizada por la autoridad policial:* En el caso de la "detención por la autoridad policial" la situación es, obviamente, diferente. En princípio ello se vuelve una "obligación", y no una simple "facultad". El art. 492 de la LECr. así lo señala en casos puntuales, y ello resulta coherente com lo establecido por el art. 282 del mismo ordenamiento (obligación de investigar la comisión de delitos – de la Policía Judicial -, Libro II, Título III), en tanto la ley procesal la faculta para practicar diligencias de prevención y culminar com "el atestado" (arts. 292 y ss.), pudiendo realizar algunas diligencias durante el transcurso de la detención. (...)

Entende-se que esta última espécie de detenção assemelha-se com a nossa prisão temporária em que a autoridade policial obtém do juiz competente, por meio de ordem escrita e fundamentada, mandado de prisão para averiguações por um prazo de cinco dias ou trinta dias em caso de investigação de crimes hediondos, com a diferença substancial de que aqui somente pode haver a prisão, nesses casos, por decreto judicial.

Na seqüência, os autores destacam:[93]

La detención judicial : En este punto debemos diferenciar aquellos casos de detenciones judiciales de oficio, y aquellos otros donde la jurisdicción sólo confirma una detención realizada por outra autoridad legalmente autorizada. En el primero de los casos se

[93] ob. cit. p. 82

> encuentra la detención producto del incumplimiento a la orden de comparecencia por citación judicial (arts. 420 y 487 de la LECr.), aquellas que se deriven de la existencia de alguno de los casos previstos en el art. 492 (art. 494 de la LECr.) y las que se produzcan en razón del ejercicio de los poderes del presidente del tribunal (durante el Juicio Oral) (art. 684.3 de la LECr.). Una vez realizada la detención, el juez posee setenta y dos horas para resolver su situación (art. 497, *in fine*, de la LECr.). Ahora bien, com relación al segundo de los casos (detención confirmatoria), debe entenderse ésta como la prolongación de aquella que realizara un particular o la autoridad policial. (...) Com respecto a los casos donde el detenido há sido puesto a disposición del juez competente, éste deberá resolver la situación del mismo en el plazo de setenta y dos horas, dándole la libertad, conviertendo la detención en prisón provisional o estableciendo una medida cautelar.

Como se observa, no direito espanhol, ainda que a autoridade policial possa realizar a detenção, a pessoa detida deverá ser apresentada à autoridade judiciária competente, para o devido controle de legalidade, podendo então o juiz, determinar sua liberação, ou convertendo a detenção em prisão provisional, que é semelhante à nossa prisão preventiva, que será objeto de análise no decorrer deste trabalho.

4.4 AUTORIDADE COMPETENTE NO DIREITO INTERNO

A autoridade constitucionalmente autorizada para exarar uma ordem de prisão, é a autoridade judiciária que tiver competência para tanto, nos precisos termos da norma inserta no artigo 5°, LXI e LIV da CF de 1988, *in 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. (...) LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em face disso, como o devido processo legal é uma garantia que compreende o direito já anteriormente estabelecido, fica evidenciado que os casos de prisão são aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico, pelo que incumbe à lei explicitar as suas diversas hipóteses, bem como estabelecer as formalidades legais exigidas, a fim de possibilitar licitamente a qualquer do povo prender uma pessoa em situação de flagrância delitiva; ou, à autoridade judiciária competente decretar a custódia de alguém, privando-se a liberdade física do cidadão, quando, somente então, a prisão será considerada de conformidade com a lei, podendo, assim, ser efetivada sem qualquer comprometimento ou afronta aos preceitos constitucionais que regulam a espécie.

De modo semelhante, dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal:

> "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente."

Como se pode notar, o citado artigo não menciona a expressão "judiciária" que vem prevista pela Carta Magna.

Consoante o que estava estatuído pela referida norma processual penal, antes do advento da Constituição de 1988, a autoridade competente poderia ser, exemplificativamente, a autoridade administrativa, o juiz cível em matéria criminal (em caso de desobediência). Todavia, na prática, e ilegalmente, o Delegado de Polícia determinava a detenção de algúem, sem ordem judicial – nas assim chamadas "prisões para averiguações" (atualmente regulamentada pela prisão temporária), com abuso de poder e interpretando erroneamente, os casos de busca e apreensão previstos pelo art. 240 p.1° letra 'a' do CPP:

> A busca será domiciliar ou pessoal.
>
> P. 1° Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
>
> a) prender criminosos;
>
> (...) - *omissis*.

Ou, ainda, nas hipóteses em que o indiciado era conduzido coercitivamente perante a autoridade policial para ser ouvido a exemplo das testemunhas que não compareciam para depor na peça investigatória (art. 218 do CPP – por analogia) - havia inquéritos policiais em que se juntava o mandado de prisão assinado pela autoridade policial. Soa o art. 218 acima mencionado:

> Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Cumpre esclarecer que a **condução coercitiva** não se amolda como uma prisão no sentido técnico-processual, como se conhece doutrinariamente, mas uma espécie de privação momentânea da liberdade individual pela desobediência da testemunha em não atender ao chamamento do juiz para comparecer em audiência a fim de prestar depoimento. Tem **caráter disciplinar**, assim como também ocorre na hipótese do art. 656, parágrafo único do CPP:

> Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.
>
> Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado a juízo.

Ainda, em caso de prisão administrativa (art. 319 do CPP ou infração do Estatuto do Funcionário Público) qualquer outra autoridade administrativa que presidisse um processo administrativo, ou, mesmo, o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Governador do Estado (como, *verbi gratia*, o Governador Alvaro Dias, nos idos de 1986, ao mandar prender, ilegalmente, - entendendo ser caso de prisão administrativa, - um empresário sobre quem recaiam suspeitas de cometimento de irregularidades praticadas em um processo de licitação envolvendo aquisição de medicamentos pela Secretaria de Saúde), os Secretários de Estado, e, precipuamente, a autoridade judiciária competente.

Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra já aludida, abordando o item **A AUTORIDADE COMPETENTE**, assim destaca: [94]

> Dizendo o art. 282 do CPP que a ordem escrita deve emanar de Autoridade competente, pergunta-se: quem é essa Autoridade competente? Até a Constituição de 1988, a ordem escrita podia emanar, inclusive, de autoridade administrativa, como nas hipóteses tratadas no art. 319 do CPP e nos Estatutos dos Funcionários Públicos. Após a promulgação daquele diploma maior, à exceção de transgressões militares e crimes militares próprios (quando então, a ordem pode partir de autoridade militar), a única autoridade competente para fazer expedir ordem de prisão, e assim mesmo fundamentada, é a autoridade judiciária. Ninguém mais. Em edições anteriores, entendíamos que as hipóteses de prisões administrativas ainda estavam em vigor, mesmo após o advento da Carta Magna de 1988, apenas com uma diferença: a competência para decretá-las passara para a autoridade judiciária. Evidente o equívoco. Não faz sentido um Prefeito Municipal, pretendendo prender, administrativamente, um funcionário municipal, remisso ou omisso em entrar para os cofres municipais com os dinheiros a seu cargo, impossibilitado de fazê-lo pela nova ordem constitucional, pudesse dirigir-se ao Juiz para que o fizesse... (...) Assim, as prisões administrativas não são toleradas. É verdade que quando se trata de extradição ou expulsão de estrangeiro, e cuja prisão administrativa era decretada pelo Ministro da Justiça, poderá ser decretada pelo respectivo Ministro Relator do STF. Aqui, a nosso juízo, a prisão administrativa (assim considerada porque decretada pelo Ministro da Justiça), embora mantida, perdeu esse caráter. Quando se trata de extradição ou expulsão, o respectivo processo tramita pelo Supremo Tribunal Federal e não mais podendo o Ministro da Justiça decretar a prisão do extraditando ou expulsando, e como o Ministro Relator é o competente para a prática dos atos instrutórios desse processo, a necessidade do ato coativo deslocou-se

---

[94] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva,

> para ele. Daí essa v. decisão do STF: "... tendo em vista que o processo e julgamento da extradição competem ao STF, caberá *em face do texto constitucional vigente*, ao relator da extradição, que é a autoridade judiciária a quem cabe a prática dos atos da instrução desse processo, a decretação da prisão do extraditando nos casos previstos na Lei n. 6.815/80". E, mais adiante esclareceu: "Por outro lado, no caso de urgência, disciplinado pelo art. 81 da Lei n. 6.815/80, o pedido de prisão preventiva do extraditando deverá ser encaminhado a esta corte pelo titular do Ministério da Justiça e ao relator sorteado – que ficará prevento para o processo judicial da extradição que vier a ser formalizado no prazo de 90 dias – competirá decidi-lo "(RT, 638/335).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que excepciona o flagrante delito e as transgressões militares ou crimes propriamente militares, somente a autoridade judiciária competente tem legitimidade para emitir ordem escrita de prisão, que deve ser fundamentada, o que significa que mesmo sendo autoridade judiciária competente, é inconstitucional a custódia determinada por magistrado fora das hipóteses expressamente previstas pelo ordenamento jurídico, em homenagem ao princípio do devido processo legal, cujo despacho deve ser ainda, e, principalmente, fundamentado e motivado, (art.93, incisos IX e X da CF), sem o que a prisão é considerada abusiva, configurando coação ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*. Os referidos incisos da norma constitucional supra, assim regram:

> IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, , podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

1997. v. 3. p. 387.

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Na seqüência, o citado processualista penal pátrio continua:[95]

Toda e qualquer prisão, pois, só poderá efetuar-se mediante ordem escrita da Autoridade competente. A ausência de ordem implica exercício arbitrário ou abuso de autoridade, definido como crime na letra "a" do art. 4° da Lei nº. 4.898, de 9-12-65. Excetuam-se:

a) – os casos de prisão em flagrante. Na verdade – e isto salta aos olhos – não se poderia exigir ordem escrita de Autoridade competente a fim de efetuar-se a prisão em flagrante, sob pena de, quando conseguida a ordem, não se pudesse lavrar o auto de prisão em flagrante, em face do desaparecimento do estado de flagrância...;

b) – as detenções de ébrios e insanos mentais autorizadas nos regulamentos policiais e que 'por si mesmo se justificam como providência ditada por um estado de necessidade'. As detenções dos primeiros, até passar a carraspana, e as dos segundos, até que se providencie seu internamento em casa de tratamento, tornam-se medidas profiláticas que, a despeito da ilegalidade (a lei não prevê expressamente tais modalidades de detenções), é fartamente usada com o apoio silente de Juízes e membros do Ministério Público, por razões que dispensam quaisquer comentários;

c) – também a recaptura de réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetivada por qualquer do povo. Na verdade, se o réu estava preso, das duas uma: ou o foi em virtude de flagrante ou de ordem escrita de Autoridade competente. Fugindo, poderá ser recapturado por qualquer pessoa. Exigir-se, nesse caso, nova ordem seria render imoderada vassalagem à lei. E se estivesse ele preso em virtude de flagrante? Como poderia ser expedida ordem de prisão?

---

[95] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 388.

d) – na hipótese prevista no art. 139, II, da Magna Carta (prisão cautelar de natureza constitucional), também não se exige ordem escrita. E seria esdruxularia se a lei o fizesse...;

e) – finalmente, outra hipótese singular é aquela prevista no art. 287 do CPP, em que, a rigor, será possível a prisão do cidadão, sem que, no ato da captura, a ordem esteja em mãos do captor.

Salvante essas hipóteses, haverá sempre indeclinável necessidade da ordem escrita da Autoridade Judiciária competente para efetuar-se a prisão, seja em virtude de pronúncia, seja em qualquer outro caso determinado em lei. Di-lo o art. 282 do CPP. (...) Quais são os casos determinados em lei?

01) – a prisão resultante de sentença penal condenatória (CPP, art. 393, I);

02) - a prisão preventiva **stricto sensu**, prevista nos arts. 311 a 316 do CPP;

03) – a prisão resultante de pronúncia (CPP, art. 408, § 1°) já prevista expressamente no art. 282;

04) – a prisão compulsória decretada pelo juízo cível (e por isso denominada prisão civil, prevista no art. 1.287 do CC, combinado com o art. 904 e parágrafo único do CPC – é a prisão civil do depositário infiel;

05) – a prisão compulsória decretada pelo juízo cível na hipótese prevista no art. 885, parágrafo único, do CPC (é a prisão civil do retentor do título);

06) – a prisão do alimentando – também de natureza compulsória – decretada pelo juízo cível, nos termos do art. 733, § 1°, do CPC;

07) – a prisão compulsória decretada pelo juízo cível contra o falido ou o síndico, nos termos dos arts. 60, p. 1°, 69, §§ 5° e 7°, e 37 da Lei de Falências;

08) – a prisão cautelar prevista nos arts. 69 e 81 da Lei nº 6.815/80 (até então decretável pelo Ministro da Justiça);

09) – a prisão compulsória tratada no art.50 do vetusto Código Comercial;

10) – as prisões disciplinares previstas no art. 35 da Lei de Falências e no parágrafo único do art. 656 do CPP. Nesse último caso, sendo a desobediência apenada com

detenção e, não comportando esta prisão preventiva, salvo nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 313 do CPP, é induvidoso que a prisão de que trata o parágrafo único do art. 656 do estatuto processual se reveste de indisfarçável caráter disciplinar;

11) - a prisão temporária, prevista na Lei nº 7.960, de 21-12-1989.

Igualmente, resta saber, em face do contido no art. 5º, LXVII da CF/88, se algumas hipóteses estariam sob a proibição constitucional, restringindo-se a noção de depositário infiel à mencionada no item 04 acima. Foi, linhas atrás, analisada a questão da prisão civil por dívida, tendo o STF admitido a prisão do depositário infiel, inclusive, a do devedor em caso de alienação fiduciária.

Ainda, podemos considerar como hipótese de ordem escrita de autoridade judiciária competente, aquela emanada do Relator ou da Câmara ou Turma, em julgamento de apelação ou outro recurso em que se deu provimento, reformando o acórdão ou a sentença penal absolutória. Como visto, fora dessas hipóteses, a prisão é ilegal.

Recentemente vimos as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) determinarem, ao arrepio da lei, prisões de pessoas envolvidas ou até de testemunhas, eis que inexistiam ordens de prisão emanadas de autoridade judiciária competente, salvante a hipótese de terem cometido algum delito, naquele recinto, em situação de flagrância.

4.5 AUTORIDADE JUDICIÁRIA INCOMPETENTE

Em caso de ocorrer uma prisão de alguém determinada por autoridade judiciária incompetente, há nulidade do ato processual consoante dispõe o art. 564, I, do Código de Processo Penal:

> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
>
> I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;
>
> (...) *omissis*

A matéria referente à nulidade de atos processuais, que são aqueles que têm relevância para o processo (denúncia, interrogatório, depoimentos, expedição de mandados de prisão, sentença, etc.,) é uma das mais intrincadas e importantes dentro da processualística penal.

O ato processual para ser considerado como válido deve ser praticado de acordo com o paradigma legal. Não o sendo, torna-se atípico e sofre a sanção de ineficácia, afirma-se que é ato nulo. Exemplificando: o art. 381 do Código de Processo Penal estabelece o que deve conter a sentença. Imagine-se que o Juiz, nada obstante o modelo ali traçado, vier a prolatá-la em desacordo com a lei, deixando de motivá-la. O ato processual por ele praticado será atípico por falta de correspondência com o paradigma legal. Tipicidade existirá quando o ato praticado se ajustar com o modelo descrito na lei.

Como se sabe, a atipicidade do ato processual pode determinar a sua inexistência jurídica, a nulidade absoluta, a nulidade relativa ou só a mera irregularidade. Assim pode-se afirmar que a inexistência jurídica implica em nulidade absoluta. Por exemplo: uma denúncia sem a imputação do fato punível é

um ato processual inexistente, ainda que com existência material, não possui existência jurídica. Se o Promotor de Justiça não comparecer na audiência para ouvida de testemunhas de acusação em processo de ação penal pública iniciado por queixa (subsidiária), haverá nulidade relativa, dado que sanável. Por outro lado, se o Advogado deixar de assinar o termo de audiência, haverá mera irregularidade do ato processual.

Como é sabido, o ato inexistente não pode produzir qualquer eficácia e não depende de provimento jurisdicional para torná-lo inválido. Assim, inexistindo a citação, por acaso, tal ato não pode sofrer sanção de nulidade posto não ter existido. Todavia, será possível a anulação do procedimento ou de parte do mesmo, consoante a modalidade do ato.

A expressão nulidade é utilizada em dois sentidos: em alguns casos para indicar a razão pela qual o ato se torna imperfeito; em outros casos para significar a conseqüência de sua imperfeição. Vale dizer, a sua ineficácia.

Para o processualista penal pátrio Fernando da Costa Tourinho Filho:[96]

> A nulidade é uma sanção. Se esta não for imposta (judicialmente claro), o ato produz efeitos, ou, como leciona Carnelutti, 'la nulidad no opera sino en cuanto sea declarada' (*Lecciones*, cit., p. 199).
>
> Assim, ato nulo é aquele que sofreu a sanção da ineficácia. Antes da decretação da nulidade, o ato, malgrado sua atipicidade, produz seus efeitos regulares; ele torna-se nulo após o provimento jurisdicional, decretando a sanção de nulidade.
>
> Para ser válido o ato processual deve ser praticado de conformidade com o paradigma legal. Não o sendo, torna-se atípico. E quando o ato atípico sofre a sanção de ineficácia, diz-se nulo.

> Em tema de nulidade, ao falar em ato inexistente, a doutrina refere-se apenas à sua ausência no procedimento. Por exemplo: faltou o exame de corpo de delito, faltou a queixa, não se fez a citação. Nesses casos, aqueles atos processuais faltaram, inexistiram materialmente. Contudo, dependendo da sua relevância para o processo, este é que sofrerá a sanção de ineficácia, e não o ato, posto não ter existido. Não se anula o que não existiu. (...)
>
> Por outro lado, a nulidade pode ser absoluta ou relativa. Diz-se absoluta quando não admite convalecimento. Se o ato for atípico e a lei não estabelecer um modo de convalidá-lo, será ele absolutamente nulo. Se o Juiz profere uma sentença condenatória sem fundamentação, a nulidade é absoluta. (...)
>
> Quando, então, haverá nulidade absoluta? Em três hipóteses: a) se faltar (material ou juridicamente) um daqueles atos elencados no inciso III do art. 564; b) se ocorrer uma daquelas exigências referidas nos incisos I e II do art. 564; e, finalmente, c) se faltar 'formalidade essencial' de um ato essencial. Aliás, um ato essencial ou estrutural despido de formalidade essencial não tem existência jurídica.

Comentando o citado art. 564, inciso I, do CPP, o mencionado autor se refere:[97]

> A lei exige, para a validade do processo, a competência do Juiz. Em se cuidando de incompetência relativa, cumpre à parte, na oportunidade de defesa prévia, atacá-la por meio da exceção própria, sob pena de ter lugar a *prorrogatio jurisdiccionis*. A propósito, RTJ, 60/54. Sendo absoluta, a qualquer tempo pode ser alegada. Havendo incompetência do órgão jurisdicional, os atos por ele praticados são atípicos , por isso mesmo, sujeitam-se à sanção de ineficácia. É preciso, contudo, trate-se de incompetência, que ocorre quando a Justiça Comum julga causa afeta à Justiça Especial e vice-versa (salvo as permissões legais, como, p. ex., Justiça Eleitoral apreciando crime

---

[96] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado.** Vol.2 São Paulo: Saraiva, 1996. P. 200

[97] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ob. cit. p. 203.

> comum conexo ao eleitoral, Justiça Comum Federal julgando crime da esfera estadual, quando conexo à federal). (...) Enfim: se o Juiz não tiver competência *ratione personae* ou *ratione materiae*, a incompetência é absoluta. Assim, não pode a Justiça Militar Estadual julgar um civil, como não pode um Juiz de Direito julgar um militar que haja cometido crime militar.
>
> No caso de incompetência *ratione loci*, que é a incompetência de foro (art. 70) ou do juízo (art. 75), há, tão-somente, a inobservância de exigência de maior funcionalidade do processo. Por isso mesmo determina o art. 567 que a incompetência do juízo anula apenas os atos decisórios, devendo o processo, uma vez declarada a nulidade, ser remetido ao juízo competente. Na incompetência absoluta tudo perderá o seu valor: atos postulatórios, instrutórios e decisórios; a ineficácia atingirá toda a relação processual. Contudo, o STF entendeu que tanto a denúncia como o seu recebimento emanados de autoridade incompetente *ratione materiae* são ratificáveis no juízo competente (RTJ, 79/436). O Excelso Pretório chaga a sustentar que se o processo for iniciado na Justiça Militar, serão aproveitáveis os atos instrutórios realizados na primeira instância (RTJ, 96/943 e 97/473). (...)
>
> Em se tratando de nulidade absoluta ou mesmo relativa não convalidada, havendo sentença absolutória trânsita em julgado, a coisa julgada cobre a ineficácia do ato e dos que lhe sucederam, porquanto não se admite, entre nós, a revisão *pro societate*. Mas se for condenatória, poderá haver a desconstituição da sentença, mercê de *habeas corpus* ou revisão criminal.

Como se observa, segundo o ensinamento acima mencionado, os efeitos são distintos quanto ao ato processual que poderá gerar nulidade absoluta ou nulidade relativa.

Em caso de ordem de prisão emanada de autoridade judiciária incompetente, há incompetência absoluta do juízo, gerando nulidade absoluta, máxime por se tratar de supressão do direito de liberdade em situação jurídica de

flagrante ofensa às garantias constitucionais, pelo que tal ato processual é atípico, írrito.

Em razão disso, se a prisão for decretada por autoridade judiciária incompetente, ocorrerá a nulidade absoluta daquele ato processual, impondo-se a imediata soltura do paciente, se por al não estiver preso, via ordem concessiva de *habeas corpus*.

Vale a pena transcrever aqui o entendimento jurisprudencial do STF [98]

Impetração pleiteando anulação de processo por incompetência absoluta do Juízo.

HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO PACIENTE, PELO MESMO FATO, PELA JUSTIÇA COMUM E PELA JUSTIÇA MILITAR. CONFIGURAÇÃO TÍPICA. NO CASO, DE DELITO MILITAR, COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. NULIDADE RADICAL DO PROCESSO – CRIME INSTAURADO PERANTE JUSTIÇA COMUM. PEDIDO DEFERIDO. É radicalmente nulo o processo penal – desde a denúncia, inclusive -, se o réu, que é militar, foi processado e condenado pela justiça comum, pela prática de delito castrense (CPP, art. 564, I). A incompetência absoluta do Juízo, notadamente quando por este proferida sentença condenatória, configura situação de injusto constrangimento, reparável pela utilização do remédio jurídico-constitucional do 'habeas corpus'. (STF – HC 69121/RJ – 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10.4.92, p. 4799).

Em face do que ficou acima exposto, entende-se que há nulidade absoluta por incompetência absoluta do Juízo, também, por extensão, na hipótese de emissão de ordem de prisão por autoridade judiciária incompetente, pela infringência do disposto no art. 564, I, do Código de Processo Penal.

Destarte, é de ser declarada a nulidade absoluta de tal ato processual, colocando-se o paciente incontinenti em liberdade, se por al não estiver preso, pela via da concessão do *writ* de *habeas corpus*.

Pode-se, em aditamento ao que foi acima exposto, dizer que do mesmo modo como ocorre com o descumprimento do modelo legal, também a inobservância da norma constitucional acarreta a desconformidade com o paradigma imposto pela Carta Magna, determinando o fenômeno da atipicidade constitucional.

Neste caso, descumprida a observância do tipo imposto pela Constituição Federal, a sua invalidade deverá ser buscada na própria Constituição ou na legislação infra-constitucional. Quando se tratar de descumprimento de princípio ou norma constitucional com relevância processual, a sanção deverá estar prevista na própria Carta Magna ou no ordenamento processual.

Exemplificativamente, ao dispor sobre a obrigação de motivação das decisões judiciárias no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, a própria Constituição comina a sanção de nulidade em caso de inobservância daquele preceito. Em outros casos, como a inadmissibilidade das obtenção de provas ilícitas, a Constituição não estabelece a sanção de ineficácia, que deverá ser buscada dentro do ordenamento jurídico.

---

[98] GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. **Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 5ª ed. Curitiba: Ed. do Autor, 1999. p. 233.

Segundo o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua apreciada obra "As nulidades no Processo Penal":[99]

> Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.
>
> São também normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 06.11.1992, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no art. 5°, p. 2°, da CF. (...)
>
> Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre uma violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

Discorrendo sobre a ineficácia dos atos processuais inconstitucionais, entendem os citados autores que os mesmos são atos juridicamente inexistentes ou atos nulos. Na seqüência, destacam:

> Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a conseqüência que surgirá da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento.

---

[99] GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 22

> Tratar-se-á apenas de verificar se o ato deve ser considerado *juridicamente inexistente* ou simplesmente *nulo* e a partir daí, se a ineficácia acompanhará o não-ato, desde seu aparente nascimento, ou se se seguirá à declaração de nulidade.
>
> Mas, o que vale salientar é que não pode haver meras irregularidades sem sanção, quando se trate de infringência à norma-garantia. (...)
>
> Quanto à nulidade, resta saber se o ato praticado contra a Constituição somente pode implicar nulidade absoluta ou se poderia eventualmente cogitar-se de nulidade relativa. A diferença entre as duas categorias está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo, impondo que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua obsevância ou não.
>
> Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada.

Como se depreende, os citados autores sustentam que as garantias constitucionais-processuais objetivam resguardar o interesse público na condução do processo que deve seguir as regras do princípio do devido processo legal.

Pode-se também afirmar que disso resulta que o ato processual, exarado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, deve ser considerado juridicamente inexistente ou absolutamente nulo, decretado de ofício, descabendo cogitar-se de atos irregulares sem qualquer sanção, ou, ainda, de nulidades relativas que possam ser convalidadas.

Sem dúvida alguma, como se viu, o tema referente à matéria de nulidades continuará sempre a merecer a atenção redobrada dos operadores do direito.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente convém dizer que o vocábulo princípio significa a verdade primeira, fundamental, básica. O princípio é o "ponto inicial". A verdade primeira é o fundamento de todo e qualquer sistema (jurídico, econômico, social e científico).

Os princípios têm como fundamentos a solidez, direção, coerência e segurança, que auxiliam o Juiz a decidir o processo, servindo de indicação de rumos para a interpretação das leis.

Como se sabe, os princípios pertenciam anteriormente ao Direito Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução do Código Civil) que, em seu artigo 4º dispõe:

> "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

O período contemporâneo (fase do pós-positivismo) corresponde como uma síntese dos períodos anteriores. É, igualmente, o período das Constituições, período em que os princípios são regras com força normativa efetiva.

Nelson Nery Junior, destaca em sua apreciada obra "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal"[100]

> Prestigiosa doutrina do século passado dividiu os princípios do Direito Processual Civil em *princípios informativos* e em *princípios fundamentais*. Os *informativos* são considerados como axiomas, pois prescindem de demonstração. Não se baseiam em critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente

[100] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 21.

nenhum conteúdo ideológico. São os princípios: a) *lógico*; b) *jurídico;* c) *político*; e d) *econômico.* São princípios universais e praticamente incontrovertidos.

O processo deve ser *lógico* em sua estrutura, devendo, por exemplo, a petição inicial preceder a contestação. Pelo princípio *jurídico*, o processo deve seguir regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. As regras de ordem *política* precisam ser seguidas no processo, como por exemplo, a que determina ao juiz o dever de sentenciar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126, CPC), devendo, para tanto, servir-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Segundo o princípio *econômico*, de aplicação intuitiva, deve-se obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e de atividade. Observadas sempre as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civil.

Diferentemente deles, os *fundamentais* ou *gerais*, são aqueles princípios 'sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.'

Segundo se percebe pela orientação doutrinária de Nelson Nery Junior, considerando-se que os princípios informativos do processo civil não dependem de demonstração, eis que são de cunho axiomático, resta examinar os princípios fundamentais do processo civil sob o prisma do direito constitucional, de vez que foram adotados pelo sistema através de critérios político-ideológicos.

Os princípios são os pilares da Constituição e a compõem. Pode-se mesmo afirmar que os princípios são como uma espécie de chave do sistema jurídico. Nem sempre vêm positivados e são admitidos ainda que só inferidos do texto legal. Exemplo: princípio da fungibilidade dos recursos – não está na lei de modo explícito.

Os princípios têm como características a formulação de modo genérico – são regras de orientação do sistema jurídico. Atente-se que pode haver **colisão de princípios**, como também pode haver semelhanças com o **conflito aparente de normas**. Podem ser aplicados na colisão de princípios, os critérios de prevalência de interesse público, ou outros critérios de preferência ou supremacia sobre os de menor importância valorativa. E, no caso do conflito aparente de normas, as regras próprias da especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade, oriundos da doutrina do direito penal.

Os princípios têm como função precípua inspirar o legislador; servir como indicador para a aplicação do Direito; e, apresentar uma visão sociológica, porque visa a permitir à sociedade uma melhor compreensão do Direito.

A Juíza de Direito do Rio de Janeiro, Cristina Tereza Gaulia escreveu em recente artigo intitulado "A interpretação das leis principiológicas e a convicção político-ideológica do magistrado", publicado na Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – Cidadania e Justiça – Os reflexos da globalização nos institutos jurídicos: "As assim chamadas leis principiológicas apresentam suas colunas vertebrais sobre macrovalores sociais, que se bem compreendidos e utilizados pelos operadores do direito em geral, e pelos juízes em particular, oferecem a possibilidade do estabelecimento da Justiça coexistencial." [101]

A combativa juíza titular do I Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro, traz um exemplo:

> Porém, há ainda aqueles que desconhecem a entrada em vigor do **Código de Defesa do Consumidor**, e de seu corolário principal, a **vulnerabilidade** de todo consumidor, *ipso jure*, e ainda decidem como se nada tivesse mudado no cenário jurídico nacional. Assim, observe-se o seguinte aresto: Prisão civil. Alienação fiduciária. Legítima a prisão civil do devedor fiduciante que não cumprir mandado judicial para entrega de coisa ou seu equivalente em dinheiro. DL 911/69 recepcionado pela CF/88. Recurso conhecido e provido." (RE 216872/PR. STF 2ª T, j. 03.02.98). Admitir-se como possível a prisão civil, por eventual débito de consumidor na aquisição de bem de consumo, apesar da existência de uma lei federal posterior ao decreto-lei que permitia tal constrição ao *status libertatis* que a proíbe, e apesar da vulnerabilidade, que aquela lei declara como sendo característica ínsita a todos os consumidores, é ignorar o potencial de mudança que a lei em questão trouxe para a reorganização de nossa sociedade civil. A dificuldade, conforme se introduziu acima, está na interpretação mesma dos princípios e institutos.

Com efeito, não se pode conceber que o magistrado não possa aplicar o direito concretamente de acordo com os princípios constitucionais e leis principiológicas. Os princípios constitucionais do processo são indicadores para a interpretação das normas constitucionais. A constitucionalização do processo penal implica em elevação das normas processuais à Constituição. A função do processo pressupõe a valorização da norma constitucional, a universalização dos direitos fundamentais e a globalização desses direitos fundamentais.

Entende-se que o legislador constituinte, ao elaborar o artigo 5º da Constituição Federal, disciplinando no Título II, os direitos e garantias fundamentais, e no Capítulo I, em especial, os direitos e deveres individuais e

---

[101] GAULIA, Cristina Tereza. **A interpretação das leis principiológicas e a convicção**

coletivos, - garantindo deste modo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, - estabeleceu, primacialmente, os princípios limitadores do poder punitivo estatal, vale dizer do *jus puniendi,* destacando-se, os princípios da legalidade (XXXIX), da retroatividade de lei penal mais benigna (XL), da humanidade (III, XLVII, XLIX e L), da pessoalidade (XLV), da individualização da pena (XLVI), dentre outros, para, somente então, regulamentar os princípios alusivos ao processo penal.

Desde logo, consagra o princípio do juiz natural, segundo o qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII); em seguida, os princípios do devido processo legal (LIV), do contraditório e da ampla defesa (LV), da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (LVI) - salvo para beneficiar o réu -, da presunção de inocência LVII), sendo que um dos mais importantes é o princípio da prisão legal (LXI).

Em face disso, qualquer lei infraconstitucional que não for recepcionada pela Carta Magna pátria, ou lhe for contrária a seus princípios, estará eivada de inconstitucionalidade.

Com isso, como já se disse, objetiva-se estatuir novas funções do processo penal com a valorização da norma constitucional, universalização dos direitos fundamentais e a globalização dos direitos fundamentais, pelo que é salutar a permanência da constitucionalização das normas processuais penais, ainda que o legislador constituinte tenha descido a detalhes que não precisariam ali estar

---

político-ideológica do magistrado. Cidadania e Justiça. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5/n. 11 . 2 sem. 2001. p. 142.

disciplinados como, *verbi gratia,* o direito das presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Essas são as novas funções do processo penal. É isso o que se idealiza para a constitucionalização do processo penal.

5.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sem dúvida alguma, dentre os princípios constitucionais que mais se destacam na temática da prisão, bem assim do processo com um todo, figura com especial relevo, o princípio do devido processo legal que vem insculpido no art. 5° LIV da CF/88:

> "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

O princípio do devido processo legal é considerado como sendo a síntese de todos os demais princípios constitucionais que dele decorrem como um autêntico corolário compreendido de uma forma implícita e natural.

Não se objetiva neste trabalho trazer um histórico desse importante princípio, cuja origem remonta à Carta Magna de 1215, de João Sem Terra, quando utilizou-se a expressão *law of the land*, mas, apenas algumas considerações sobre esse tema.

O enunciado do devido processo legal consubstancia-se no principal ideário dos postulados constitucionais, sendo tal princípio considerado pela doutrina como "o princípio dos princípios", no dizer de Angélica Arruda Alvim, em seu artigo "Princípios Constitucionais do Processo": "Ao tratar dicotômicamente da privação da liberdade ou da privação de bens, esta regra

constitucional ressalta a amplitude de tal princípio que reflete-se tanto no campo do processo penal como na processualística extra-penal, ou seja, em todo o ordenamento jurídico-processual, alcançando genericamente os institutos de direito privado e de direito público."[102]

A referida autora Angélica Arruda Alvim, no mesmo artigo supra, afirma:[103]

> O devido processo legal pode ser tido como um conceito - em certa escala – vago. Ou seja, há aspectos indiscutíveis, mas outros há, que podem aparecer. Há, desta forma, um núcleo que informa o princípio, que não pode ser desrespeitado, dado que formado pela História e pela reiteração, em vários povos, e, cujo somatório de decisões e conceituações geraram o que se pode dizer ser o núcleo conceitual do princípio. Este princípio tem sido profundamente estudado e, mais do que isso, "exercitado" na judicatura dos Estados Unidos da América. ... Em realidade, há normas que somente cumprem a sua finalidade, sendo, em parte, configuradoras de conceitos vagos, dado que, se fosse definir o princípio, certamente estar-se-iam excluindo hipóteses que se virão a se revelar como suscetíveis de serem avaliadas à luz do princípio e seu respectivo conceito vago, mas que, com a definição, certamente, estariam descartadas, ou, pior, teriam sido descartadas pelo legislador infraconstitucional. Com isto, haveria o evidente risco de definições infraconstitucionais, contrárias ao tamanho constitucional da regra. É, pois, o princípio do devido processo legal, como se acentuou, princípio fundamental. Dele decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no Texto Constitucional, tais como a proibição da prova obtida por meio ilícito, o contraditório propriamente dito, publicidade de atos processuais, etc. É o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. O primeiro

---

[102] ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: RePro 74/20-39. p. 27 e segs.

[103] ob. cit. p.27.

> ordenamento de expressão histórica e de influência, no mundo ocidental, em que se fez menção ao princípio foi a Magna Carta de 1215 que aludia a "Law of the land". Somente em 1354, aludiu-se, especificamente ao "Due process of law". Assenta-se o princípio, sobre o trinômio vida-liberdade-propriedade. Parece ter sido nesse sentido amplo que o termo foi adotado pelo constituinte de 1988, ao encampá-lo no inc. LIV, do art. 5°. Assume duas concepções: *substantive due process* e *procedural due process*. ... Devido processo legal em sentido material é a projeção do princípio do *due process* nos diversos campos do direito material. Sabe-se que o princípio da legalidade, na seara do Direito Administrativo, nada mais é do que uma projeção do princípio do *due process* nesse ramo do direito material. Diz-se, ainda, que a doutrina norte-americana, com projeções no Brasil, ser o controle jurisdicional dos atos da Administração uma inequívoca manifestação do princípio do *due process of law.*

A esse respeito, destaca-se a opinião respeitada de Fernão Borba Franco, em seu artigo "A fórmula do devido processo legal".[104]

> A cláusula tem origem na Carta Magna, na disposição segundo a qual "nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus privilégios, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país." (art.39). A expressão *due process of law* só apareceu em 1354, quando a versão original da Magna Carta foi vertida do latim para o inglês, por Eduardo III. O princípio foi incorporado na Constituição dos EUA, através da 5ª emenda." (...) No direito norte-americano, há distinção entre o substancial *due process of law*, que consistiria na atuação do princípio no direito material – por exemplo, o princípio da legalidade dos atos administrativos seria conseqüência dos *substantial due process – e o procedural due process of law*, que garante ao acusado, grosso modo, a ciência da acusação, a ampla defesa, o contraditório, o direito a uma decisão motivada perante o

> órgão jurisdicional competente. No Brasil, apenas no sentido processual há referência ao princípio, afirmando-se ser sua manifestação a igualdade das partes, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e o contraditório.

É de se adicionar aqui, em suma, como bem acentua Nélson Nery Júnior, em sua obra: "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal": "Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. Bastaria a CF/88 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5° seriam absolutamente despiciendos."[105]

Como se observa, o princípio do devido processo legal, em resumo, é um modelo de processo, constitucionalmente assegurado, que confere validade aos atos jurisdicionais.

Pode-se complementar ao que foi exposto acima, de vez que no campo do direito material em sede penal, igualmente, ressalta o princípio da legalidade previsto pelo art. 1° do Código Penal, consagrando o velho brocardo latino: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Logo, não se poderia conceber um devido processo legal sem que tivesse sido observado, primacialmente, o princípio da anterioridade da lei penal, que é um princípio limitador do próprio poder punitivo

---

[104] FRANCO, Fernão Borba. **A fórmula do devido processo legal**. São Paulo: RePro 94/80-108. p. 94.

estatal, e, que é uma regra de direito material, funcionando como garantia do direito à liberdade.

Mais adiante, continua a citada autora Angélica Arruda Alvim:[106]

> Ao lado disso, o princípio do *due process of law* projeta-se como garantia no campo do processo. É o sentido com que usualmente é empregado o termo. Evidentemente mais restrito. Garante o direito à citação, rápido e público julgamento, o direito ao contraditório, igualdade entre acusação e defesa, meios eficazes de constitucionalidade, etc. Daí o acerto da afirmação no sentido de que os demais princípios constitucionais do processo dele decorrem. Neste última acepção, é mais uma garantia do que propriamente um direito. É um *verdadeiro corolário do estado de direito.*

Como bem acentuado pelo Professor Doutor Luiz Rodrigues Wambier, em seu artigo "Anotações sobre o princípio do devido processo legal" [107]

> Trata-se, portanto, o princípio do devido processo legal, depois de inserido no texto constitucional, de mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante normas processuais adredemente estabelecidas ao nível da elaboração legislativa. E do qual decorrem alguns postulados básicos para o sistema democrático, tais como o do julgamento por um juiz natural, o da instrução contraditória com amplitude de defesa, o da assistência judiciária aos necessitados, isto é que pretendam a decisão judicial, mas não disponham de meios para custear a ativação do sistema processual, de origem constitucional em que todos os esforços são

---

[105] NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 37.

[106] ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: RePro 74/20-39. p. 22.

desenvolvidos no sentido de se oferecer ao cidadão, um meio eficaz e seguro de busca de soluções para os conflitos de interesses, individuais ou coletivos, em que esteja envolvido.

José Rogério Cruz e Tucci, em seu artigo "Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", destaca:[108]

> A partir da concepção formulada por Häberle, de um "*status activus processualis*", passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um "prisma processual", cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional. O processo, como é curial, presta-se à concreção do "direito à jurisdição, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos regramentos ínsitos ao denominado "**due process of law**", importa a possibilidade de inarredável tutela de direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração em juízo. (...) Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e, f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

---

[107] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o princípio do devido processo legal**. São Paulo: RePro 63/54-63. p. 55.

[108] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. São Paulo: RePro 66/74-78. p.76.

O consagrado processualista panamenho Arturo Hoyos, em seu artigo "La garantía constitucional del debido proceso legal", destaca alguns tópicos do direito comparado:[109]

> La Constitución federal norteamericana de 1787 no contenía este derecho. Sin embargo, en la primavera de 1789, Madison introdujo en el I Congreso, una enmienda a ala Constitución federal que después se convirtó en la Quinta Enmienda: "no person shall be ... deprived of life, liberty or property without due process of law". Posteriormente, la misma expresión due process of law fué incorporada en la sección I de la Enmienda Catorce de la Constitución, la cual, sin embargo, fué extendida a los estados con posterioridad a la Guerra Civil (la 5ª era sólo aplicable a la federación). ... La evolución de esta garantía no há finalizado en el plano constitucional. En efecto, ella ha sido recogida en varios convenios internacionales. ... En el plano mundial pueden citarse el art. 10 da la Declaración Universal de los Derechos del Hombre suscrita el 10.12.48 y el art. 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16.12.66. La primera de estas normas tiene el siguiente texto: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de pleno igualdad, a ser oída públicamente y com justicia por un tribunal independiente y imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

Por último, cabe aqui analisar a consagrada opinião do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos, em sua obra "Comentários à Constituição do Brasil": "Finalmente, há de consignar-se aqui a lição dos tratadistas mais modernos, que timbram em ver no 'devido processo legal' mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo. Com efeito, cada vez se consolida mais

---

[109] HOYOS, Arturo. **La garantía constitucional del debido proceso legal**. São Paulo: RT, 1987. Revista de Processo, v. 47. p. 47.

a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepaira, no entanto, um de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo."[110]

Como se deflui do que foi exposto, a Constituição de 05.10.88 reservou vários dispositivos à consagração do princípio do devido processo legal, demonstrando inequivocamente a intenção do poder constituinte de prover à sociedade brasileira de um eficiente sistema de proteção processual dos interesses individuais e coletivos, e, em especial, garantir a liberdade humana, razão de ser de toda esta formulação que gira em torno da idéia fundamental de Estado de Direito.

5.2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Outro princípio constitucional que muito interessa ao objeto deste trabalho máxime no que tange à autoridade competente para decretar a prisão, é o princípio do juiz natural, destacando-se que a Constituição Federal veda a instituição de juízos ou tribunais de exceção (art 5°, XXXVII), bem assim que alguém seja processado ou sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5°, LIII), *in verbis:*

> XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;
>
> LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;"

---

[110] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do**

Como se facilmente observa, esses dispositivos constitucionais consagram o princípio do juiz natural.

Segundo o ensinamento de Fernão Borba Franco:[111]

> O princípio compreende três proibições, na verdade: a de instituições de juízos ou tribunais de exceção significa que ninguém pode ser julgado por órgão criado após o fato, mas por órgão *jurisdicional* instituído pela Constituição Federal, enquanto a última proibição decorre do dispositivo do inc. LIII, significando que "entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja"."
>
> "(...) De fato, a jurisdição é una, mas seu exercício é dividido entre os vários órgãos previstos na Constituição Federal; essa divisão é feita pelo estabelecimento de competências diversas para os vários órgãos do Poder Judiciário, determinação essa que deve ser obedecida sob pena de violação do princípio.

Em nota de rodapé, diz o mesmo autor, curiosamente: "Não resisto a inserir a menção às aulas proferidas pelo Prof. Canuto Mendes de Almeida, referidas em classe, no sentido de que "jurisdição é a caixa d'água, competência é a torneirinha", que explica de forma singela e eficaz o fenômeno."[112]

Convém dizer em complementação ao acima exposto, que, em conseqüência disso, por igual devem ser obedecidas as leis de organização e divisão judiciárias, bem como os regimentos internos dos nossos tribunais para se saber quem é a autoridade judiciária competente para a prática dos atos

---

Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 264.

[111] FRANCO, Fernão Borba. **A fórmula do devido processo legal**. São Paulo: RePro 94/80-108. p. 85.

processuais decorrentes do exercício da função jurisdicional, especialmente, para emitir ordem de prisão.

O princípio do juiz natural abriga a idéia de juiz constitucional oriundo do sistema jurídico adotado pela Carta "Bill of Rights".

Como se depreende do texto constitucional acima aludido, muito embora haja proibição de juízes e tribunais de exceção, admite-se juízos especiais, a teor do art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988, que expressamente dispõe:

> Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
>
> I – juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

O magistrado Marcus Orione Gonçalves Correia, em sua obra "Direito Processual Constitucional", assim define o princípio do juiz natural: "Há, ainda, o princípio do juiz natural, segundo o qual o processamento e julgamento das causas devem-se dar perante juiz investido do poder jurisdicional, com a competência devidamente indicada pela Constituição Federal. Proíbe-se, ainda e em consonância com esse princípio, a criação de tribunais de exceção, ou seja, aqueles concebidos *ad hoc* (para o processamento e julgamento de certo caso)."[113]

---

[112] FRANCO, Fernão Borba. ob. cit. p. 86.

[113] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 16.

Com efeito, a vedação aos Tribunais de exceção diz respeito à legitimidade dos órgãos, vale dizer, com a ilegitimidade de outros órgãos do Poder Judiciário, que não os direta ou indiretamente previstos na Constituição, ao passo que, o princípio do juiz natural pressupõe a legitimidade do órgão e diz, também, com a legitimidade dos ocupantes de tais órgãos.

O órgão poderá existir legitimamente, o mesmo não se passando com a investidura de seu ocupante. Inversamente, o ocupante poderá realmente ser um Juiz de Direito, mas poderá integrar um órgão ilegítimo.

Como bem salienta Angélica Arruda Alvim,:[114]

> Com isto quer-se significar que existe garantia constitucional de que os jurisdicionados somente sejam julgados por alguém *legitimamente* integrante do Poder Judiciário.(...) Esta garantia, de certa forma, se correlaciona com a do art. 5°, inc. XXXVII onde se prescreve que "não haverá juízo ou tribunal de exceção. (...) Vale dizer, somente são efetivamente Juízos e Tribunais, aqueles constitucionalmente previstos, ou, então, os que estejam previstos a partir e com raiz no Texto Constitucional.(...) De outra parte, necessário é que os integrantes desses Juízos e Tribunais, hajam se tornados tais, i.e., Juízes, de uma forma igualmente legítima, ou seja, na forma da Constituição e das leis regulamentares desta.(...) Para os Tribunais, encontramos a previsão do elenco do art. 92, I a VII da Constituição, com o que, se se instituir *irregularmente* Juízo ou Tribunal, estar-se-á violando a garantia do art. 5°., XXXVII. (...) De outra parte, os integrantes desses Juízos e Tribunais, haverão de aí ter ingressado na forma da legalidade constitucional e infraconstitucional, sob pena de não se reputarem Juízes *competentes,* com o sentido que a essa expressão empresta o inc. LIII, do art. 5°. (...) Já o chamado

---

[114] ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: RePro 74/20-39. p.36.

> *princípio do juiz natural* diz respeito aos ocupantes desses órgãos, que haverão de ocupá-los legitimamente, como se expôs.(...) Portanto, são duas garantias que operam articuladamente. São estes os Juízes de Direito, que são os destinatários das chamadas garantias da Magistratura.

Não se vai aqui tecer comentários sobre o princípio da independência da Magistratura, eis que muito embora seja uma decorrência de suas garantias constitucionais, refoge ao tema ora proposto.

5.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ainda outro princípio constitucional tem muito a ver com o tema deste trabalho – a ordem de prisão – que é o princípio da presunção de inocência, regrado no Texto Constitucional pelo art. 5°., inciso LVII:

> "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Como se infere da leitura do dispositivo constitucional acima, não consta de modo explícito, a presunção de inocência.

A presunção de inocência, como conceitua o processualista Rogério Lauria Tucci, corresponde "à não consideração prévia de culpabilidade" [115]

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 com a elevação a mandamento constitucional do assim chamado princípio da presunção

---

[115] TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 401.

de inocência, muito se discutiu sobre o verdadeiro alcance e impacto deste princípio, chegando alguns a afirmar radicalmente sobre a hipótese de que as formas de prisão processual, de caráter cautelar, estavam abrogadas pelo novo texto constitucional. O fato de manter-se preso um acusado presumidamente inocente contrariaria o mandamento constitucional.

Criou-se uma polêmica em torno deste assunto, bastante ampla, no sentido de ter a nossa Carta Magna adotado o sistema assemelhado ao do direito português ou o da não culpabilidade do direito italiano, tendo como reflexos sobre a permanência ou não em nosso ordenamento jurídico da prisão preventiva, como bem assinalou a posição tomada pelos magistrados paulistas, referidos por Caio Canguçu de Almeida, em seu artigo "O art. 5°, inciso LVII, da Constituição da República e prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva": "A discussão é desnecessária em face de que, seja como presunção de inocência ou de não culpabilidade, o fato é que a adoção de nenhuma forma importou na ab-rogação das diversas espécies de prisão provisória."[116]

É nesse sentido, o entendimento de Damásio E. de Jesus, ao comentar no apêndice de sua obra "Código de Processo Penal Anotado":[117]

> "Finalidade e aplicação. Visa a impedir que antes de a sentença condenatória transitar em julgado sejam determinadas contra o acusado medidas de coerção pessoal de sua liberdade que não se revistam de natureza cautelar e do requisito da necessidade (i.e., que sofra a chamada "pena antecipada"). Não atinge, pois, as medidas "cautelares" que

---

[116] ALMEIDA, Caio Canguçu. **O art. 5°, inciso LVII, da Constituição da República e prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. v. 125. p. 27/29.

[117] JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. p. 744.

> o legislador ordinário ou o juiz entende "necessárias" para a aplicação da lei penal, como a prisão em flagrante e a preventiva. Por isso, cremos que não foram revogados os dispositivos da legislação processual penal que disciplinam a prisão em flagrante, a preventiva, a decorrente de pronúncia ou sentença condenatória recorrível e o recolhimento à prisão para apelar (CPP, arts. 301 e s., 311 e s., 408, p. 1°, 393, I, e 594 e Lei de Tóxicos, art. 35).

Entretanto, como já se salientou no tópico referente à natureza jurídica da prisão provisória, o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5°, LVII, da Constituição Federal de 1988, e, igualmente, pelo Pacto de São José da Costa Rica, sofre afronta nas hipóteses de prisão provisória decorrente de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, por importarem em admissibilidade de culpa antecipada do pronunciado ou do condenado, posicionamento do renomado processualista Rogério Lauria Tucci, bem como de Luiz Flávio Gomes, dentre outros da moderna corrente doutrinária.

Assim, não se considera legítima a prisão anterior à condenação trânsita em julgado.

Como vimos anteriormente, discorrendo sobre o princípio da inocência enfocando a prisão preventiva (pág. 64), igualmente, é nesse sentido o entendimento dos autores J. S. Cunha e José Jairo Baluta, que entendem que: "entre nós, apressadamente firmou-se entendimento sumulário de que 'a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência'- Súmula 09/STJ. Paralelamente, condena-se qualquer outra medida que possa *estereotipar* os indivíduos, fazendo crer que a investigação

(ou o processo) venha a lhes diminuir as garantias, como se passassem a um grupo de *cidadãos inferiores*, uma vez que, por este princípio, todos os seus demais direitos fundamentais não atingidos pela medida constritiva, continuam inatacáveis, merecendo o mais absoluto respeito. Corolário evidente, é que a coarctação da liberdade, por meio de decreto preventivo desamparado de sólida fundamentação das razões que a estruturam (o que não é raro de ser encontrado), viola o preceito da presunção de inocência. Em outros termos, o princípio não se incompatibiliza com a prisão preventiva, uma vez que ela não guarda conotação com os efeitos da condenação."

Há, ainda, a esse respeito, que se objetar no tocante ao fundamento da prisão preventiva baseado na **aplicação da lei penal**, que, em alguns casos poderia, eventualmente, significar prévia admissão de culpabilidade, afrontando, destarte, o princípio da presunção de inocência.

Ainda, referentemente aos princípios constitucionais sobre a prisão e os direitos a serem respeitados pelas autoridades incumbidas pela custódia, ressaltam-se as disposições consagradas no art. 5°, III, VII, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV:

> III - "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante";
>
> XLIX - "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral";
>
> VII - "É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva";
>
> L - "Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação";
>
> LXII - "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada";

LXIII - "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado";

LXIV - "O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial";

LXV - "A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária";

LXVI - "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;"

LXVII - "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel"; (a respeito deste dispositivo constitucional foram feitas observações de cunho doutrinário e jurisprudencial, nos itens anteriores, em face da polêmica criada sobre o tema).

LXVIII - "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;"

LXXV - "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

6 REQUISITOS LEGAIS DA ORDEM DE PRISÃO

6.1 A ORDEM ESCRITA

Segundo o escólio do consagrado Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua conhecida obra já citada: "Vimos que, salvante algumas exceções, a prisão só poderá efetuar-se mediante ordem escrita de Autoridade Judiciária competente. Essa ordem escrita se consubstancia no instrumento denominado **"mandado de prisão"**.[118]

São formalidades do mandado de prisão, nos termos do art. 285 do CPP:

a) – ser lavrado pelo escrivão e assinado pela Autoridade;

b) - conter a designação da pessoa que tiver de ser presa, por seu nome, alcunha ou sinais característicos;

c) - mencionar a infração penal (razão legal) que motivar a prisão;

d) - se afiançável a infração, declarar o valor da fiança arbitrada; e, finalmente,

e) - ser dirigido a quem tiver qualidade para dar-lhe execução.

Tais formalidades são necessárias a fim de resguardar abusos contra direito à liberdade individual. E tais abusos surgiriam, se a ordem escrita a elas não ficasse sujeita. Algumas dessas formalidades, como aquelas enumeradas nas letras **a, b, e c,** são tão importantes, que, sem elas o mandado inexistiria. As outras

---

[118] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 396.

formalidades, embora "não impedindo que o mandado exista", viciam-no, acarretando-lhe a nulidade.(...). De fato, não poderá deixar de ser conforme à lei, nem ferirá o imperativo constitucional se o mandado não for lavrado pelo escrivão e sim por um escrevente de cartório, tanto mais quanto um escrevente é, a rigor, um serventuário da Justiça. Quanto à letra **c,** melhor ficaria a expressão **"razão legal",** pois, às vezes, a prisão não é decorrente de infração penal. Vejam-se, a propósito, as modalidades de prisão previstas nos arts. 733, § 1°, e 885, parágrafo único, do CPC.

A letra b cuida da individualização da pessoa que deva ser presa. Essa individualização deverá ser feita tanto quanto possível, a fim de evitar situações embaraçosas e não causar vexames e sobressaltos aos cidadãos, vexames esses que poderão ocorrer em face dos freqüentes casos de homonímia. Assim, prudente será a Autoridade que, na ordem, além de designar a pessoa que deva ser presa, pelo nome, acrescentar, se possível, a alcunha, profissão, estado civil, residência e filiação.

A Magna Carta no seu art. 5°, LXVI, dispõe que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança." (...) "A lei disporá sobre a prestação da fiança."

E o legislador, no CPP, deixou entrever que ninguém será levado à prisão ou nesta conservado, se prestar fiança, nos casos em que a lei não a proibir.

Assim, se a infração que motivar a prisão for afiançável cumpre à autoridade fazer consignar no mandado, o valor da fiança arbitrada. Por isso

mesmo, prescreve o § 3° do art. 408 do CPP: " Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão."

Se assim não fosse, não estaria cumprida a garantia estabelecida na Lei Maior. "Lavrado e assinado o mandado, será ele dirigido ao Oficial de Justiça ou às Autoridades Policiais – funcionários incumbidos de cumprir tal ordem."

Mais adiante esclarece e finaliza o grande processualista:[119]

> Por outro lado, o cumprimento de uma ordem de prisão, onde ausentes estejam as formalidades há pouco citadas, poderá sujeitar a Autoridade que a fez expedir e o próprio executor às sanções do art. 4°, a, da Lei nº 4.898, de 9-12-65. **In verbis:**
>
> 'Art. 4° Constitui também abuso de Autoridade:
>
> a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.'
>
> Mas não é só: a pessoa que deva ser presa poderá resistir à prisão sem violar o disposto no art. 329 do CP, pois não se estaria insurgindo contra a execução de um ato legal, e sim contra o cumprimento de uma ordem falto das formalidades legais. Hungria ensina que a ilegalidade do ato para autorizar a resistência pode apresentar-se sob o ponto de vista material ou formal (cf. *Comentários*, cit. p. 414). No mesmo sentido, a lição de Puglia (*Manuale di procedura penale*, p. 150).

Eis, em síntese, as principais formalidades a serem observadas no tocante à expedição do mandado de prisão que a legislação processual penal determinou no art. 285.

Caberia, ainda, traçar algumas considerações sobre a **prisão especial**, que vem disciplinada pelo art. 295 do Código de Processo Penal, mas, que refoge ao tema objeto desta dissertação por não se tratar de espécie de prisão, mas, a forma

como a detenção ou pena será cumprida para as pessoas que desfrutam dos privilégios legais, em razão da função pública, situação profissional, grau universitário, dentre outros motivos constantes também da legislação específica.

[119] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. ob. cit. p. 399.

CONCLUSÃO

1) Em temática de prisão legalizada é de suma importância não olvidar as garantias constitucionais, em especial, o respeito aos direitos humanos, aos princípios do devido processo legal, da legalidade e de outros princípios limitadores do poder punitivo estatal.

2) Existe uma nova ordem constitucional no que tange à abertura internacional, a afirmação do direito internacional como direito do próprio país, o reconhecimento de seus princípios como medida de justiça vinculativa na ordem jurídica interna, e, particularmente aos instrumentos internacionais referentes aos direitos humanos.

3) O Pacto Internacional sobre Direitos Políticos, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 592, de 6.7.92 bem como a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto Presidencial n. 678, de 6.11.92, fazem parte integrante do sistema constitucional brasileiro.

4) A incorporação desses tratados pela Constituição Federal de 1988, por força do disposto no art. 5° p. 2°, está conferindo aos direitos internacionais uma hierarquia especial, qual seja, a de norma constitucional.

5) A interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, em razão da prevalência dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, visam a orientar uma melhor compreensão do complexo fenômeno constitucional.

6) Os direitos individuais classificam-se em três grupos: direitos individuais expressos, direitos individuais implícitos e direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

7) Aceita a tese monista, será possível a invocação de tratados e convenções, nos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Congresso Nacional, de ato próprio com força de lei, objetivando a outorga interna aos acordos internacionais.

8) É de se propor uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição em três grupos: direitos expressos na Constituição – art. 5°, I a LXXVII; direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, dos direitos implícitos, que estão subentendidos nas regras de garantia e os direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

9) É de se entender que quando a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de um texto constitucional, possui *status* da mesma natureza; de outro lado, se a norma internacional reflete direito outro não previsto na Constituição, possui força de lei ordinária.

10) A teor do disposto no art. 102, III, "b" da Constituição Federal de 1988, - em que se prevê a paridade do tratado com a lei federal - entende-se que foi adotado o sistema misto, que combina regimes jurídicos diversos, sendo um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e outro aos demais tratados em geral.

11) Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno, três hipóteses podem ocorrer. O direito enunciado

no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou, c) contrariar preceito do direito interno.

12) Havendo conflito de normas do direito internacional com o direito interno deve prevalecer o critério de prevalência da norma mais favorável à vítima no plano de proteção dos direitos humanos, e da ótima concretização da norma, afastando-se, em especial, a prisão por dívida no caso de depositário infiel bem como a do devedor fiduciante a ele equiparado, por ser inconstitucional, prevalecendo a norma do tratado internacional que só admite a prisão por obrigação alimentar.

13) A prisão provisória é tipicamente uma forma de atividade jurisdicional cautelar, e, hoje, não há mais dúvidas de que ela tem, em nosso direito, a natureza acauteladora destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem assim possibilitar regular instrução probatória, objetivando-se a tutela dos meios e dos fins do processo de conhecimento.

14) Não se pode confundir a prisão provisória tipicamente cautelar com a de natureza processual. Assim, a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva e a prisão temporária são de natureza tipicamente cautelares. A que deriva de sentença de pronúncia ou sentença condenatória recorrível possui natureza processual.

15) Aquelas primeiras (acima) são cautelares porque objetivam a assecuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, a

conveniência da instrução criminal, ou a preservação da aplicação da lei penal. As outras duas – em caso de despacho de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível – tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, têm natureza marcadamente processual.

16) Em face do acima exposto, no caso de prisão provisória de natureza tipicamente cautelar, por não ocorrer apriorística consideração de culpa do acusado, nenhuma afronta sofrerá o princípio de presunção de inocência (art. 5°, LVII, CF/88). Todavia, a prisão provisória de natureza processual, decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, não tem como se manter perante o regramento constitucional referido, sobretudo por significar antecipada admissão de culpabilidade do acusado.

17) A compatibilização dos interesses conflitantes – *jus puniendi x jus libertatis* – opera-se pela otimização ou concordância prática, com atuação dos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade, e da gradualidade, cujos princípios têm a finalidade de fazer com que o recurso aos meios de coação cautelar se dêem em respeito aos direitos e garantias do cidadão.

18) O princípio da presunção de inocência não veio com a finalidade de impedir a prisão antecipada, mas, sim, para reforçar-lhe o disciplinamento de sua decretação: perigo à atividade processual, aos fins buscados pelo processo e à tutela social.

19) O princípio da presunção de inocência não se incompatibiliza com a prisão preventiva, uma vez que ela não guarda conotação com os efeitos da condenação.

20) A prisão preventiva só se justifica quando presentes os requisitos do *fumus boni juris*, que fica evidenciado através da necessidade de a autoridade judiciária competente certificar-se se, no curso do inquérito policial ou mesmo durante a instrução criminal encontra-se provada a materialidade da infração penal e se há indícios suficientes de sua autoria; e, do *periculum in mora*, que vem a ser o que se convencionou denominar como o perigo na demora do processo de conhecimento, depreendendo-se uma situação de urgência procurando antecipar a entrega da prestação jurisdicional.

21) A prisão administrativa, em sentido amplo, é medida destinada a obrigar alguém a fazer alguma coisa, não podendo por isso, ser considerada como pena, nem como sanção administrativa ou disciplinar. Não pressupõe, necessariamente, a prática de crime - salvo no caso do art. 42 do CP - por parte da pessoa a ser detida, pelo que é inadequada sua colocação taxionômica no Código de Processo Penal.

22) Tendo em vista que atualmente a prisão só pode ser decretada por autoridade judiciária competente, salvo as exceções constitucionais, isto não significa que estejam revogados os dispositivos legais que regulam a prisão administrativa, mas, que, nas hipóteses legais, a prisão administrativa não mais poderá ser decretada por autoridade administrativa, podendo, no entanto, ser feita pela

autoridade judiciária competente. É compatível a coexistência de tais situações jurídicas.

23) É correta a convicção de inconstitucionalidade da prisão civil fundada na equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel, à vista do art. 7, n.7, do Pacto de São José da Costa Rica, acolhido no direito interno com hierarquia de norma constitucional pelo Decreto n. 678, de 06.11.92.

24) A prisão civil por dívida oriunda de obrigação alimentícia é a única admitida pelo direito internacional, por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Civis bem assim da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e que foi recepcionada pelo direito interno.

25) Deve-se entender que os princípios constitucionais do processo são indicadores para a interpretação das normas constitucionais, sendo que a constitucionalização do processo penal implica em elevação das normas processuais à Constituição.

26) É válido o entendimento de que a função do processo pressupõe a valorização da norma constitucional, a universalização dos direitos fundamentais e a globalização desses direitos fundamentais.

27) O princípio do devido processo legal é considerado como a síntese de todos os demais princípios constitucionais que dele decorrem como um autêntico corolário, compreendidos de uma forma implícita e natural.

28) O princípio do devido processo legal é a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo sua pretensão e defendendo-se de modo mais

amplo possível, isto é, de ter *his day in court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

29) Pelo princípio do devido processo legal desdobram-se estas garantias: a) de acesso à justiça; b) do juiz natural; c) de tratamento dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e, f) da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

30) O princípio do juiz natural compreende três proibições, na verdade: a de instituições de juízos ou tribunais de exceção e significa que ninguém pode ser julgado por órgão criado após o fato, mas por órgão *jurisdicional* instituído pela Constituição Federal, enquanto a última proibição decorre do dispositivo do inc. LIII, significando que entre juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

31) O princípio da presunção de inocência corresponde à não consideração prévia de culpabilidade.

32) O princípio da presunção de inocência, embora não seja afetado pelas formas de prisão provisória de natureza cautelar, - como p. ex. prisão em flagrante delito, prisão preventiva, prisão temporária, - é atingido quando da decretação da prisão decorrente de pronúncia e da prisão resultante de sentença condenatória recorrível, que baseia seu decreto na culpabilidade do acusado.

33) Entende-se por autoridade judiciária competente para expedir ato prisional (art. 5°, LXI, CF/88), em qualquer grau de jurisdição, aquela que deva estar investida legalmente, constitucional e infraconstitucionalmente, de suas funções jurisdicionais, observadas, a esse respeito, ainda, as Constituições Estaduais, as disposições legais da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 54, de 22.12.86) ou diploma legal equivalente; dos Regimentos internos dos Tribunais, bem como do Código de Organização e Divisão Judiciárias dos Estados ou diploma legal assemelhado.

34) Quando se menciona a expressão juiz competente, está-se referindo, igualmente, a um dos pressupostos processuais subjetivos relativos ao juiz, entendendo-se como tal, o órgão investido de jurisdição, o juiz competente e o juiz imparcial.

35) Em face do regramento constitucional, somente a autoridade judiciária competente e legalmente investida de suas funções jurisdicionais, e, ainda, no exercício efetivo do cargo para o qual estiver designado regularmente (ausentes, obviamente, as hipóteses de férias e licenças), é quem poderá expedir, motivada e fundamentadamente, ordem de prisão nos casos em que o ordenamento jurídico permitir expressamente.

36) Entende-se que o ato processual para ser considerado como válido deve ser praticado de acordo com o paradigma legal, existindo tipicidade quando o ato praticado se ajustar com o modelo descrito na lei.

37) A atipicidade do ato processual pode determinar a sua inexistência jurídica, a nulidade absoluta, a nulidade relativa ou só a mera irregularidade. A

expressão nulidade é utilizada em dois sentidos: em alguns casos para indicar a razão pela qual o ato se torna imperfeito; em outros casos para significar a conseqüência de sua imperfeição. Vale dizer, a sua ineficácia.

38) Em tema de nulidade, ao falar em ato inexistente, a doutrina refere-se apenas à sua ausência no procedimento, como a falta da citação. Diz-se absoluta a nulidade quando não admite convalescimento, como uma sentença condenatória sem fundamentação.

39) Haverá nulidade absoluta em três hipóteses: a) se faltar (material ou juridicamente) um daqueles atos elencados no inciso III do art. 564; b) se ocorrer uma das causas dos incisos I e II do mesmo artigo; e, c) se faltar 'formalidade essencial' de um ato essencial, o que equivale a ato sem existência jurídica.

40) O art. 564, I, do CPP, dispõe que há nulidade por incompetência do juiz. Em se cuidando de incompetência relativa, cumpre à parte, na fase da defesa prévia, atacá-la por meio de exceção, sob pena de preclusão. Sendo absoluta, a qualquer tempo pode ser alegada.

41) Se o juiz não tiver competência *ratione personae* ou *ratione materiae*, a incompetência é absoluta. Na incompetência de foro, *ratione loci* (art. 70) ou do juízo (art. 75), há inobservância de funcionalidade do processo, ocorrendo a anulação apenas dos atos decisórios, remetendo-se o processo ao juiz competente.

42) Em se tratando de nulidade absoluta ou relativa não convalidada, havendo sentença absolutória trânsita em julgado, a coisa julgada cobre a ineficácia do ato processual, eis que descabe a revisão *pro societate*.

43) Em caso de ordem de prisão emanada de autoridade judiciária incompetente, há incompetência absoluta do juízo, gerando nulidade absoluta do decreto prisional, máxime por se tratar de privação do direito de liberdade em ofensa às garantias constitucionais, pelo que tal ato é atípico e írrito, sanável via *habeas corpus*.

44) Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, sendo colocadas pelo legislador constituinte como garantia das partes e do processo. Assim, também, os preceitos com relevância processual inseridos pelo Pacto de São José da Costa Rica.

45) Em se tratando de normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção ou nulidade relativa. Essa atipicidade importa em violação a preceitos relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.

46) O ato processual que decreta a prisão, exarado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, deve ser considerado juridicamente inexistente ou absolutamente nulo, decretando-se de ofício tal nulidade, e, por conseguinte, deve-se colocar o paciente em liberdade, imediatamente, se por al não estiver preso.

47) O princípio do juiz natural é aquele segundo o qual o processamento e julgamento das causas devem-se dar perante juiz investido do poder

jurisdicional, com a competência devidamente indicada pela Constituição Federal, sendo proibida a criação de tribunais de exceção – concebidos *ad hoc* (para o conhecimento e julgamento de certo caso especial).

48) Entende-se que existe garantia constitucional, de que os jurisdicionados somente sejam julgados por alguém legitimamente integrante do Poder Judiciário. Assim, somente são efetivamente Juízos ou Tribunais, aqueles constitucionalmente previstos a partir e com raiz no Texto Constitucional (art. 92, I, CF/88). É necessário que esses integrantes do Poder Judiciário hajam se tornado tais de forma legítima, ou seja, na forma da Constituição e leis regulamentares. Os integrantes desses Juízos e Tribunais, haverão de ter aí ingressado na forma da legalidade constitucional e infraconstitucional, sob pena de não se reputarem **juízes competentes.** Portanto, são duas garantias que se operam articuladamente (art. 5°, XXXVII e LIII da CF/88).

49) Entende-se que o princípio da presunção de inocência, constante do Pacto de são José da Costa Rica, adotado pelo direito interno (art. 5°, p. 2°, CF/88 e Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992), sofre afronta em caso de decreto de prisão provisória de natureza processual decorrente de ato decisório de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível, sobretudo, por significar antecipada admissão de culpabilidade do pronunciado ou do condenado - o que é inadmissível – restando ineficazes os arts, 393, I; 498 p. 1°. E 594 do CPP e art 35 da Lei n. 6.368/76, a despeito da Súmula n. 09 do STJ.

50) O princípio da presunção de inocência não é afetado com as formas de prisão provisória de natureza tipicamente cautelar, como a prisão em flagrante delito,

a prisão preventiva e a prisão temporária. Objeta-se, no entanto, no que tange à prisão preventiva calcada no fundamento **aplicação da lei penal,** eis que, poderia, eventualmente, significar uma prévia admissão de culpabilidade do acusado, o que afrontaria o regramento constitucional.

Antes de encerrar, com as proposições a respeito dos diversos tópicos desta dissertação, é conveniente que se procure conscientizar os estudiosos do assunto sobre a importância do tema proposto em que se tentou demonstrar acerca da grave responsabilidade que detêm os operadores do direito na questão do conflito existente entre o direito punitivo estatal e o respeito à liberdade da pessoa humana.

Após essa breve análise da ordem de prisão com seus contornos definidos pelos princípios constitucionais que devem ser respeitados no interesse maior do respeito à segurança da comunidade e defesa dos seus mais caros bens jurídicos, de um lado, e de outro, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana com seus direitos e garantias fundamentais concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tal como consignado no cabeçalho do artigo 5° da nossa Carta Magna, propõe-se propugnar para que os justos reflexos processuais e sociais sejam sempre um ideário das Autoridades constituídas do país, em especial, aos operadores do Direito, aos magistrados, membros do Ministério Público e aos advogados, aos quais estão afetos os trabalhos de sustentáculo dos primados constitucionais da Justiça e do Direito, ainda que se tenha ciência de que muita coisa já foi feita, mas, há, muito mais a se fazer para reformular incongruências e restabelecer o império do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Caio Canguçu. **O art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República e prisão anterior à sentença penal condenatória definitiva**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. v. 125.

ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: RePro 74/20-39. p. 21 e segs.

AMBOS, Kai, et al. **Las reformas procesales penales en América Latina.** Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000.

BARREIROS, José Antônio. **Processo penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

_____. **Emendas à constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e liberdade provisória: lineamentos e princípios do processo penal cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA, J.S. Fagundes/ BALUTA, José Jairo. **O Processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.16-17.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1 e 2.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra - Portugal: Coimbra Editora Ltda, 1974. v. 1.

FONTINHA, Rodrigo. **Novo dicionário etimológico da língua portuguesa**. Porto/Portugal. Editorial Domingos Barreira. .424 p.

FRANCO, Fernão Borba. **A fórmula do devido processo legal**. São Paulo: RePro 94/80-108.

GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. **Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.** 5. Ed. rev. ampl. Curitiba: Ed. do Autor, 1999. 486 p.

GAULIA, Cristina Tereza. **A interpretação das leis principiológicas e a convicção político-ideológica do magistrado**. Cidadania e Justiça. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5/n. 11 . 2 sem. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. v. 83, nº 710. 30 p.

_____. Direito **de apelar em liberdade**. (Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini / FERNANDES, Antonio Scarance / GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Com nova jurisprudência e em face da Lei 9.099/95 e das leis de 1996. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1995. v. 32.

HENDLER, Edmundo S. (Director). **Sistemas procesales penales comparados**. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1999.

HOYOS, Arturo. **La garantía constitucional del debido proceso legal**. São Paulo: RT, 1987. Revista de Processo, v. 47.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 223 p.

KUEHNE, Maurício. **Doutrina e prática da execução penal**. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: Juruá, 1995.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. **Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil 1946**. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Código Penal.** 39ª ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2001.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução: Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. (Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano, 3ª ed. aggiornata e acresciuta, volumen tercero.-Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1949). Tomo III. Los actos del proceso penal. Buenos Aires: Librería "El Foro", 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio – São Paulo: Forense, 1965. v. I e IV.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1990.

MIRANDA, Jorge. **A constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Livraria Petrony, 1978.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e legislação civil em vigor.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 50-120.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Tradução: Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier (Título original: Strafverfahrensrecht, 25ª edición, completamente renovada, de la obra iniciada y continuada hasta la 8ª edición (1967) por Eduard Kern. Editorial Beck, Munich, 1998). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2001.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara; FOLMANN, Melissa. **Constituição federal 1988 e convenções internacionais**. 10. ed. Curitiba: Juruá. 2002.

_____ **Novo Código Civil e proposta de alterações (projeto de lei 6.960/02)**. 3.ed. Curitiba : Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 196.

_____. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 373 e seguintes.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. São Paulo: RePro 66/74-78

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias fundamentais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o princípio do devido processo legal**. São Paulo: RePro 63/54-63. p. 55.