

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A PRISÃO CAUTELAR EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

MARCELO PIZOLATI

Itajaí-SC, maio de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A PRISÃO CAUTELAR EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

MARCELO PIZOLATI

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. João José Leal
Co-orientadores: Prof. MSc. Alexandre Moraes da Rosa
Prof. MSc. Sérgio Roberto Baasch Luz

Itajaí-SC, janeiro de 2017

AGRADECIMENTOS

- Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo apoio emprestado à frequência e conclusão do curso;
- à Associação dos Magistrados Catarinenses e à Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelo efetivo apoio;
- à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em especial ao Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, seu Coordenador;
- ao meu Orientador Professor Doutor João José Leal, com a minha admiração científica e especial gratidão;
- ao meu Co-orientador Professor Mestre Alexandre Moraes da Rosa, exemplo de magistrado, pelas relevantes contribuições;
- aos Desembargadores Nelson Juliano Schaefer Martins e Jorge Henrique Schaefer Martins pelo efetivo apoio;
- ao Desembargador Pedro Manoel Abreu idealizador do projeto de aperfeiçoamento da Magistratura Catarinense;
- a Deus;

PIZOLATI, Marcelo. **A prisão cautelar no código de processo penal a partir dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** 2004. 102 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

DEDICATÓRIA

À Ana Paula, minha amada esposa, garantia de eterna felicidade.

Aos meus pais, Verginio Silvio Pizolati e Kátia Maria José Pizolati, pelo amor sempre demonstrado e exemplo de vida que busquei seguir.

Aos meus filhos Lucas, Valentina e Enrico.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí - SC, janeiro de 2017.

Marcelo Pizolati
Mestrando

MARCELO PIZOLATI

**A PRISÃO CAUTELAR EM FACE DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Esta Dissertação foi julgada apta para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, em Ciência Jurídica, da UNIVALI.

Prof. Dr. João José Leal
Orientador

Prof. Dr. Cesar Luis Pasold
Coordenador do CPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:

Prof. Dr. João José Leal
Orientador – Presidente da Banca

Prof. Dra. Alice Bianchini
Membro – Titular da Banca

Prof. Dr. Romeu Falconi
Membro – Titular

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o autor considera estratégicas a sua pesquisa, juntamente com seus respectivos “conceitos operacionais”.¹

Devido processo legal

“[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”². Princípio que, “combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais”.³

Direitos fundamentais

“[...] significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais”⁴, classificados na Constituição Federal do Brasil em cinco grupos: a) direitos individuais (art. 5º); b) direitos coletivos (art. 5º); c) direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.); d) direitos à nacionalidade (art. 12); e) direitos políticos (arts. 14 a 17).

Direitos humanos

“Conjunto de direitos reconhecidos como fundamentais para assegurar a dignidade da pessoa humana”.⁵

Direito Internacional

“É o Direito que tem por objeto a solução das questões de caráter *internacional* assim ditas porque nelas há interesse de pessoas (físicas ou jurídicas) de países diferentes. Definem-no, assim, como o conjunto de princípios e regras concernentes aos interesses superiores da sociedade humana, na interdependência dos Estados”.⁶

¹ “Conceito operacional é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. [PASOLD, 2002, p. 51].

² Art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88.

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1994, p. 378.

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1994, p. 164.

⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. 2000, p. 31.

⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 2. p. 89.

Garantia

“[...] é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos Direitos Individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”.⁷

Presunção de Inocência

Preceito constitucional segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸

Prisão Cautelar

É a chamada prisão processual ou provisória, e inclui a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), a prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º), e a prisão resultante de sentença condenatória recorrível (arts. 393 I, e 594) e a prisão temporária (Lei n. 7.960/89).

Tratado

“É o ajuste firmado entre os Estados, em decorrência do qual as partes signatárias estabelecem obrigações recíprocas. Quando se constituem em fontes de princípios de Direito Internacional, denominam-se *Tratados Normativos* e as disposições contratuais, se ratificadas pelo Poder Legislativo, passam a valer como lei no respectivo Estado”.⁹

⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 483.

⁸ Art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88

⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. 2000. p. 93.

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO	11
1. A PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 CONCEITO DE PRISÃO CAUTELAR.....	14
1.2 NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DA PRISÃO CAUTELAR.....	22
1.2.1 Prisão em flagrante	22
1.2.2 Prisão Preventiva	26
1.2.3 Prisão resultante de sentença pronúncia	28
1.2.4 Prisão resultante de sentença condenatória recorrível.	31
1.2.5 Prisão Temporária.....	33
1.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO (OU REQUISITOS) DA PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	36
2. FORÇA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PERANTE O DIREITO INTERNO.....	41
2.1 CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS.....	41
2.2 Formas de Incorporação dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro	49
2.3 Classificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Hierarquia das Leis.....	58
3. A PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL	67
3.1. A POSTURA GARANTISTA DO PODER JUDICIÁRIO.....	67
3.2 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS (OU RATIFICADOS) NO DIREITO BRASILEIRO.....	72
3.3. A POSSIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO PELA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	94

RESUMO

Esta Dissertação tem como objeto a prisão cautelar no Código de Processo Penal com base dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e como objetivo analisar os requisitos para decretação da prisão provisória, considerando o valor jurídico de norma constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, ainda que a prisão cautelar seja medida de exceção, tendo em vista o princípio da inocência presumida e por privar a liberdade de locomoção do indivíduo antes da edição de uma sentença penal condenatória, esta dissertação demonstrará a possibilidade de sua decretação, desde que comprovada a sua necessidade e preenchidos os requisitos legais, e mediante decisão fundamentada. Busca demonstrar, ainda, a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos independentemente de qualquer ato legislativo, cujas normas têm hierarquia de norma constitucional, devendo ser procedida uma releitura do ordenamento jurídico interno. Quanto à metodologia, utilizou-se na Investigação, o Método Dedutivo, no Tratamento de Dados, o Método Cartesiano e no Relatório dos Resultados a base lógica é a Indutiva, com o apoio das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. A dissertação compara manifestações doutrinárias, corroboradas por entendimentos jurisprudenciais no sentido de que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência e às normas asseguradas pelos tratados internacionais de direitos humanos, quando evidenciada a necessidade da prisão cautelar.

Palavras-chave: Prisão Cautelar. Direitos Humanos. Tratados Internacionais.

ABSTRACT

This Dissertation has as its object the interim arrest in the Criminal Procedure Code based on the Protection of International Human Rights Treaties ratified by Brazil, and to analyze the requirements for declaration of provisional detention, considering the legal value of constitutional rule for international treaties of human rights. Therefore, while the cautionary detention is the exception measure, in view of the principle of presumed innocence and deprive the freedom of the individual locomotion before the issue of a criminal sentence, this work will demonstrate the possibility of decreeing since proven their need and met the legal requirements, and by well-founded decision. Search demonstrate, also, the applicability of international human rights treaties regardless of any legislative act, whose standards have the same constitutional rule hierarchy, must be made to a reinterpretation of the internal legal system. As for the methodology used in the research, the Deductive Method in Data Processing, the Cartesian method and report the results the rationale is inductive, with the support of Techniques Concerning, Category, Operational Concept and Bibliographic research. The compare doctrinaire manifestations, supported by jurisprudential understanding in the sense that there is no breach of the principle of presumption of innocence and the standards guaranteed by international human rights treaties, as evidenced the need for cautionary prison.

Key Words: Cautionary Prison. Human Rights. International Treaties

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objeto¹⁰ a Prisão Cautelar no Código de Processo Penal em face dos Tratados de Proteção aos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

O seu objetivo institucional é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI.

O seu objetivo geral é investigar os direitos/garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte e, considerando seu valor jurídico de norma materialmente constitucional, analisar os pressupostos para a decretação da prisão cautelar.

Os seus objetivos específicos são analisar o conceito, espécies e requisitos para decretação da prisão cautelar; conceituar os tratados internacionais, e investigar as formas de incorporação no Direito brasileiro e classificação dos Tratados de Direitos Humanos na hierarquia das leis; pesquisar acerca da postura garantista do juiz, e o que deverá observar para a decretação da prisão provisória, tendo em conta que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm força de norma constitucional.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando do conceito, natureza jurídica e origem da pena de prisão, dando-se ênfase ao direito à liberdade. Será exposto, ainda, as espécies de prisão cautelar e seus requisitos.

O Segundo Capítulo cuida da definição dos Tratados Internacionais, pressupostos para validade e sua classificação. Na seqüência estudaram-se as formas de incorporação dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, especialmente a diferença entre as escolas dualista e monista.

¹⁰ Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:** idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora-co-edição, OAB Editora, 2003, p.170-181.

O Capítulo encerra com o estudo da classificação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos na hierarquia das leis, sendo sustentado que têm *status* de norma constitucional, aplicabilidade imediata na ordem jurídica brasileira a partir da ratificação, independentemente da edição de decreto de execução, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

O Terceiro Capítulo, cerne da dissertação, tem como finalidade expor a necessidade de uma postura Garantista do Poder Judiciário, na defesa intransigente dos Direitos Fundamentais.

Segue-se o estudo dos Tratados de Direitos Humanos incorporados no direito brasileiro, transcrevendo os princípios garantistas sintetizados por Ferrajoli no axioma *nulla culpa sine iudicio* previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos artigos 7º e 8º. E é reiterada a hierarquia de norma constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos sobre o direito interno, sendo que no caso de conflito de normas deve prevalecer a mais benéfica à vítima.

O Capítulo termina com a Prisão Cautelar, tida como medida de exceção no Direito Criminal brasileiro, podendo ser decretada desde que exposta especificamente a sua necessidade, de forma motivada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente, e observando-se as normas e garantias previstas nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

A presente dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, com a estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Base Lógica da Decisão Judicial.

Finalmente, quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Dedutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Dedutiva.¹¹

¹¹ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora-co-edição, OAB Editora, 2003. p.99-125.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.¹²

É conveniente ressaltar, enfim, que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentadas ao longo do texto, nos momentos oportunos.

¹² Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica:**

CAPÍTULO 1

A PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO DE PRISÃO CAUTELAR

Antes de abordar a origem da pena de prisão e o conceito de prisão cautelar, entendo necessário tecer considerações sobre a antítese da prisão, ou seja, a liberdade¹³ do cidadão¹⁴.

O ser humano nasce livre e naturalmente titular de direitos e garantias¹⁵, segundo uma concepção de direito natural, que antecede à própria criação do Estado.

Assim, a vida e o direito à liberdade com os meios para adquirir bens materiais ou imateriais e buscar a felicidade, fim maior do ser humano e do próprio Estado¹⁶, são essenciais à existência da pessoa, condição de possibilidade para

idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora-coedição, OAB Editora, 2003, especialmente p.61-71, 31-41, 45-58, e 99-125, nesta ordem.

¹³ Melo fornece o conceito operacional de liberdade: “1. Como estrito conceito jurídico, o poder de agir dentro dos limites da lei e com respeito à liberdade alheia. Princípio fundamental do Liberalismo (V.). 3. No plural, é o termo usado com o significado de direitos subjetivos (V. Liberdade, Igualdade, Fraternidade)” (MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 61).

¹⁴ Melo fornece o conceito operacional de cidadão: “Diz-se de uma pessoa humana com membro de uma comunidade política, perante a qual se vincula com direitos e deveres. O atendimento desses direitos e deveres é uma das mais fortes motivações para constante melhoria da legislação nos Estados democráticos” (MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. 2000, p. 20).

¹⁵ Bobbio assevera que a existência dos denominados direitos públicos subjetivos é decorrente do nascimento do Estado de Direito, ou seja, da “passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 61).

¹⁶ Aristóteles afirmou “Mas não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado [...]” (ARISTÓTELES. A política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53), acrescentando o referido autor a seguir que “Não há nenhuma dúvida de que o melhor governo seja aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz” (ARISTÓTELES. A política. 2000, p. 59).

criação do Estado para os contratualistas, tendo como pressuposto lógico e necessário o “estado de natureza”.

Com efeito, a liberdade é um fim em si mesmo, requisito inafastável para que o ser humano alcance seus objetivos, sejam de ordem pessoal, profissional ou espiritual.

Declarações de direitos em geral e as Constituições em particular, desde a Carta Magna do Rei João Sem Terra, de 21 de junho de 1215, sempre erigiram a liberdade à condição primeira e essencial do ser humano, sobretudo contra o próprio Estado.

A Declaração de Direitos de 1215, apesar de elaborada mais para a proteção dos privilégios dos barões, previa expressiva enumeração de prerrogativas e garantias aos chamados homens livres.¹⁷

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁸, de 16 de agosto de 1789, a mais famosa das declarações¹⁹, foi, por mais de cem anos, o modelo das declarações de direitos²⁰.

Mais recentemente, o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado em 16 de dezembro de 1966, pela Resolução n. 2.200-A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, consagrou o direito à liberdade (artigo 9º, 1, 1ª parte). No mesmo sentido a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 155-156.

¹⁸ Bobbio expõe que o núcleo doutrinário da Declaração dos Direitos do Homem está contido em três princípios fundamentais: (a) condição natural dos indivíduos que precede à formação da sociedade civil; (b) finalidade da sociedade política, que vem depois (senão cronologicamente, mas ao menos axiologicamente) do estado da natureza; (c) legitimidade do poder, que cabe à nação (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 1992 p. 93).

¹⁹ Segundo Carol Proner “as declarações constituem-se em atos solenes pelos quais representantes governamentais proclamam sua adesão e apoio a princípios gerais, mas que não se revestem da formalidade e da força vinculante dos tratados. Em verdade, como são resoluções, possuem apenas valor de recomendações” (PRONER, Carol. *Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 139).

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19.

José da Costa Rica)²¹, de 22 de novembro de 1969, ao reafirmar o direito à liberdade em seu artigo 7º, 1.

Bobbio²², ao tratar da previsão legislativa dos direitos e garantias do indivíduo, levantou a controvertida questão de assegurá-los de forma concreta, apesar de enunciados nas diversas declarações universais. É que direitos devem ser garantidos de forma efetiva, sobretudo contra o próprio Estado. De nada serviriam as declarações de direitos fundamentais estabelecidas ao nível mais alto dos ordenamentos, se a sociedade não dispuser de mecanismos capazes de torná-los efetivos.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci afirmam:

De nada valeria a proteção do ideal de definir os direitos individuais do ser humano – indubitavelmente, uma das mais importantes conquistas do século XVIII, e segundo o mesmo ensinamento –, se a respectiva declaração não se fizesse provida de meios aptos à sua realização por uma das atividades do Estado, autônoma e independentemente das demais. Daí, então, o indispensável dualismo – direitos e garantias –, na certeza de que a outorga destas, mediante preceituações constitucionais, importa em tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes, quer à sua grandeza, quer à sua dignidade e importância: '[...] O Estado, se quer cumprir a sua finalidade, precisa subministrar recursos idôneos para conseguir a mais completa proteção dos direitos individuais'. Em suma, estatuídos os direitos fundamentais do indivíduo, na própria Constituição Federal estabelecem-se, igualmente, as garantias que lhe correspondem, a fim de preservá-los e tutelá-los por meio de atuações judiciais tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes.²³

No que se refere à pena de prisão²⁴, sua origem é remota, sendo difícil uma indicação de forma precisa. A doutrina aponta que a prisão data do século XVI, e sua função era somente cautelar. A finalidade da prisão era a guarda dos réus, preservando-os até o julgamento e execução, sendo o uso da tortura freqüente, para descoberta da verdade.

²¹ Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25.09.02.

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1992, p. 26.

²³ Constituição de 1988 e Processo. Saraiva, 1989, p. 7.

²⁴ O vocábulo prisão vem do latim *prebensio*, de *prebendere*, que segundo De Plácido e Silva é “[...] o ato de prender ou o ato de agarrar uma coisa. Ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair” (Vocabulário Jurídico. Forense. 1967, vol. III, p. 1221).

Bitencourt²⁵, após anotar que até o século XVIII a prisão serviu de depósito da pessoa do réu, que esperava a celebração de sua execução, destaca:

Platão já apontava as duas idéias históricas da privação da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade. Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem suas dívidas. Ficava, assim, o devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar sua dívida.

Os próprios romanos, que, no dizer de Carrara, foram ‘gigantes no Direito Civil e pigmeus no Direito Penal’, só conheceram o encarceramento com fins de custódia. Daí o famoso texto de Ulpiano: *‘Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet’* (a prisão serve não para o castigo dos homens, mas para a sua custódia). Contardo, por sua vez, explica que nem o direito da época republicana nem o da época do império conheceram a pena de prisão pública, e ainda no direito de Justiniano considerava-se como ‘inadmissível e ilegítima uma condenação judicial à prisão temporal ou perpétua’.

Durante a Idade Média igualmente inexistiu pena privativa de liberdade; a prisão continuou a ter função de custódia até a execução da pena, sem qualquer respeito à dignidade humana. Nesta época imperava a crueldade, e as sanções eram submetidas aos governantes.

O Direito Canônico transformou a prisão em castigo ou pena, com o isolamento em calabouço, segundo Le Bras, citado por Marques²⁶, “[...] para a salvaguarda moral dos presos e com o fito também de levar o condenado, com a inatividade obrigatória, a purificar sua alma”.

Segundo Bitencourt²⁷, “[...] na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados”.

²⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 6.

²⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Bookseller editora, 1997. vol. IV. p. 38.

²⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2001. p. 16.

A partir deste período buscou-se a reforma e transformação dos delinquentes através do trabalho e da disciplina, visando à prevenção, bem assim a auto suficiência do preso após a sua saída do estabelecimento prisional, através da vantagem econômica auferida com a atividade exercida.

Vislumbra-se, então, o surgimento da pena privativa de liberdade moderna, apesar da aplicação de sanções como açoites e exílio para os delitos mais graves.

Em meados do século XVIII, e principalmente durante a Revolução Francesa, filósofos e juristas como Voltaire, Montesquieu e Beccaria passaram a defender idéias fundadas na liberdade e dignidade do homem, postulando a reforma do rigoroso sistema repressivo então vigente.

A respeito novamente observa Bitencourt²⁸:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, fazem severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstanciais pessoais do delinquent, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquent.

Bem por isto o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 03.11.1789, que firmou nova ordem de idéias relativas ao relacionamento do Estado para com o indivíduo, anotou:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.²⁹

A prisão é a privação da liberdade individual, do direito de ir e vir, decorrente de sentença penal condenatória, a ser cumprida em estabelecimento penal, imposta pelo Estado em defesa do bem comum. Modernamente é concebida como um mal necessário.

²⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 2001. p. 32.

²⁹ ALTAVILA. Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. p. 299.

Segundo Tourinho Filho³⁰, “[...] é a supressão da liberdade individual, mediante clausura”. Para Mirabete³¹ “[...] a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”.

No direito brasileiro temos duas espécies de prisão: a prisão penal e a processual. A primeira tem finalidade repressiva, e é efetuada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto que a segunda é a prisão cautelar, decorrente de decisão proferida antes de o trânsito em julgado da decisão condenatória, existindo em diversas modalidades.

No Brasil, a Constituição Federal de 1824 estabeleceu, em seu artigo 179, X, que a prisão não poderia ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima, à exceção de flagrante delito, consagrando, assim, a prisão cautelar.

Com a República surgiu a Constituição de 1891, que em seu artigo 72, §13, assegurou que a prisão só poderia ser executada depois de pronúncia do indiciado e mediante ordem escrita da autoridade competente, salvo no caso de flagrante delito. As Constituições de 1934 e 1937 mantiveram este espírito, valendo destacar que a primeira determinou que a prisão de qualquer pessoa deveria ser imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxaria se não fosse legal, dispositivo este excluído da Carta de 1937.

As Constituições de 1946 e 1967 repisaram os termos das anteriores (art. 141, parágrafo 20 e art. 153, parágrafo 12, da EC n. 1/1967, respectivamente), asseverando que ninguém será preso senão em flagrante *delicto* ou por ordem escrita de autoridade competente.

A prisão cautelar é tratada na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos do art. 5º, valendo destacar a necessidade de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e a presunção de inocência³².

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3. p. 373.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 345.

³² Art. 5º. 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: [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O Código de Processo Penal, por sua vez, disciplina a prisão cautelar no seu artigo 282, que prevê que “[...] 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”.

Com efeito, a prisão cautelar, no Direito Processual Penal pátrio, consiste em medida coercitiva contra a liberdade de locomoção, atentando contra o direito de ir e vir do indivíduo, acarretando a prisão de pessoa contra quem se tem apenas indícios e suspeitas (prisão em flagrante e prisão temporária). Sujeita, ainda, à custódia daquele cuja culpa ainda não foi formada e sequer condenado (prisão preventiva), bem assim àquele que praticou crime contra a vida e contra quem existem indícios de autoria suficientes para o julgamento pelo Tribunal de Júri (sentença de pronúncia). Possibilita, também, a privação da liberdade daquele cuja sentença condenatória ainda não transitou em julgado.

Considerada por alguns doutrinadores como prisão processual³³, a prisão cautelar não objetiva a punição, mas apenas a realização do processo ou a garantia de seus resultados, vinculada à demonstração fundamentada de sua imperiosa necessidade.

Ninguém, pois, pode ser preso a não ser quando houver flagrante delito ou quando houver ordem escrita de autoridade competente, nos casos expressos em lei³⁴, em decisão justificada que afaste a presunção de inocência.

Destarte, para Tourinho Filho³⁵ a prisão cautelar “[...] nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

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;

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.

³³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 59.

³⁴ No sistema brasileiro desapareceu a possibilidade de prisão decretada por autoridade administrativa, face o disposto no art. 5º, LXI, da CF/88.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1997. p. 381.

natureza real – como as buscas e apreensões, seqüestro, arresto etc.) e se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal”. É que a prisão provisória leva em consideração o poder-dever que o Estado tem de zelar pelos interesses sociais ameaçados e/ou violados, impondo-se ao indivíduo sacrifícios para o bem comum.

Por este motivo a prisão cautelar, ao mesmo tempo em que é considerada um mal, é tida como um mal verdadeiramente necessário.

Assim, em sendo a prisão cautelar a custódia do indivíduo antes de considerá-lo o culpado pela prática do delito, pode-se afirmar que a prisão será definitiva somente após decisão judicial condenatória irreversível.

A prisão cautelar, tendo em vista o princípio constitucional da inocência presumida³⁶, e por privar a liberdade de locomoção do indivíduo antes da edição de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, é medida de exceção.

Evidente que a prisão cautelar somente pode ser decretada e validada quando presentes os requisitos legais para tanto. Desde que demonstrada a sua necessidade, a prisão provisória pode ocorrer antes do julgamento, ou mesmo na ausência de processo-crime, durante a fase indiciária, em regra no inquérito policial.

Para tanto, o juiz deverá demonstrar fática, jurídica e fundamentadamente³⁷ a necessidade da prisão cautelar, bem assim seus requisitos: a) a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni juris*); b) garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*)³⁸.

Os pressupostos objetivos referem-se à natureza da infração penal, sendo que as subjetivas correspondem a situações específicas a serem apreciadas quando da decretação da prisão.

É pressuposto objetivo para a prisão preventiva a prática de crime doloso punido com reclusão, ou punido com detenção sendo o indiciado vadio, houver

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º,

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, LXI e 93, IX.

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 312.

dúvidas sobre a sua identidade ou não indicar elementos que a esclareçam, ou ainda se for reincidente e contra ele se fizerem presentes os efeitos da reincidência³⁹. Aplica-se a mesma situação às hipóteses de decisão de pronúncia⁴⁰ ou sentença condenatória não transitada em julgado, quando se tratar de crime em que o réu se livre solto⁴¹. Já a prisão temporária somente poderá ser decretada quando se trata de crime expressamente previsto no rol taxativo indicado pela legislação correspondente⁴². Por fim, restrita a possibilidade da prisão em flagrante quando da prática de infração de menor potencial ofensivo⁴³.

Os pressupostos subjetivos serão apreciados mais adiante.

1.2 NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DA PRISÃO CAUTELAR

O Código de Processo Penal prevê quatro espécies de prisão cautelar: a) a prisão em flagrante (arts. 301 a 310); b) a prisão preventiva (arts. 311 a 316); c) a prisão resultante de pronúncia (arts. 282 e 498, parágrafo primeiro); d) a prisão resultante de sentença condenatória recorrível (arts. 393, I, e 594). Além disso, a Lei n. 7.960/89 instituiu a prisão temporária.

1.2.1 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante, providência nitidamente cautelar, ocorre quando o delito está sendo cometido, é efetuada no momento em que o indivíduo foi surpreendido consumando o delito, ou ainda logo em seguida, com ou sem perseguição.

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 313 e incisos.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 408, parágrafo 2º.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 594, parte final.

⁴² BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, art. 1º, inciso III, alíneas a a o.

Pedroso⁴⁴ anota que “[...] a prisão em flagrante ocorre quando é o sujeito ativo surpreendido no seu envolvimento com o fato penal [...]”, esclarecendo estar revestida de “[...] cunho eminente instrutório, eis que transluz, unicamente, a decantada certeza visual do crime, o seu crepitar, flagrância ou ardência”.

Cuida-se de ato administrativo⁴⁵, dispensa ordem escrita, pode ser efetuada por qualquer cidadão⁴⁶, e gera efeito imediato, submetida, de qualquer forma, ao controle judicial de sua constitucionalidade/legalidade.

De sorte que, após a autoridade policial efetuar juízo instantâneo a respeito da prisão em flagrante, competirá ao juiz analisar a presença dos seus pressupostos, de ordem constitucional e processual, quando poderá convalidá-la ou invalidá-la.

Os requisitos constitucionais referem-se à observância dos Direitos do preso quando de sua prisão, direitos estes assegurados pela Carta Magna, tais como direito da comunicação imediata à autoridade judiciária e a quem for por ele indicado⁴⁷, os direitos ao silêncio e à assistência familiar e de advogado⁴⁸, bem assim a informação a respeito da identificação dos responsáveis pela sua prisão⁴⁹.

No que se refere ao auto de prisão em flagrante, este deve preencher determinadas formalidades legais, tais como apresentação à autoridade competente (normalmente o Delegado de Polícia), oitiva de testemunhas que tenham presenciado a prisão ou pelo menos a apresentação do conduzido, interrogatório deste, e emissão de nota de culpa no prazo de 24h.⁵⁰

Recebido o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá verificar se as formalidades legais foram cumpridas. Deverá, ainda, observar se presente situação

⁴³ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 69, parágrafo único. São infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.

⁴⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites, p. 93.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), art. 301.

⁴⁶ O art. 301 do Código de Processo Penal estabelece: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer seja encontrado em flagrante delito”.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXII.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXIII.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXIV.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigos 304 e 306.

de flagrância a autorizar o procedimento. Tudo isto sob pena de reconhecer como ilegal a prisão, relaxando-a.

O flagrante pode ser próprio ou real, e ocorre quando o agente está cometendo o ilícito⁵¹, ou acabou de praticar a infração⁵². Neste caso o agente foi surpreendido cometendo o crime ou encontrado no local em que foi praticado em circunstância que indicava ter sido o seu autor.

O flagrante é impróprio ou quase flagrante⁵³ quando o sujeito é perseguido, logo após o delito, em situação que faça presumir ser ele o seu autor. Segundo Mirabete⁵⁴, neste caso:

[...] há, nos termos da lei, uma presunção da autoria da infração que a lei equipara à certeza advinda da prisão durante o cometimento do crime. Trata do que a doutrina denomina quase flagrante ou flagrante impróprio, que, pela tradição jurídica, é equiparada à flagrância própria para o efeito da prisão, mas que dela se distingue porque, enquanto esta diz respeito ao próprio cometimento do crime, na sua evidência de atualidade, aquela se refere ao tempo e lugar próximos da infração.

Já o flagrante presumido⁵⁵ é aquele onde a prisão ocorre logo depois da infração, quando o seu autor é encontrado com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o seu autor. Neste caso o indivíduo não é perseguido, mas encontrado, pelo que pertinente à observação de Barros⁵⁶ de que “[...] notadamente em se tratando de flagrante presumido ou quase flagrância, deixa uma relativa margem de arbítrio à autoridade policial encarregada da efetivação dessa medida”.

Desta forma, tendo em conta que a prisão em flagrante constitui uma exceção, o juiz, ao receber o respectivo auto, deve verificar se todas as formalidades foram observadas, e especialmente se noticia a prática de infração penal, e presente

⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 302, I.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 302, II.

⁵³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 302, III.

⁵⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 1993, p. 358.

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 302, IV.

⁵⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo penal cautelar**, p. 138.

a situação de flagrância⁵⁷, sob pena de reconhecer a sua invalidade/nulidade⁵⁸, relaxar a prisão⁵⁹ e cessar a restrição da liberdade.

Com efeito, em sendo a prisão cautelar uma medida extrema, deve o juiz pronunciar-se, fundamentadamente, a respeito da possibilidade e necessidade ou não de continuidade do aprisionamento⁶⁰.

Portanto, se no auto de prisão em flagrante existir elemento probatório suficiente para convencer o magistrado de que o conduzido praticou o ato em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, deve o juiz, após oitiva do Ministério Público, conceder ao indiciado liberdade provisória⁶¹.

Ato contínuo analisará o magistrado se na hipótese o indiciado se livra solto independentemente de recolhimento de fiança⁶², não se trate de crime afiançável ou que não seja admissível a fiança⁶³ e, ainda, que não seja caso de concessão de liberdade provisória sem fiança⁶⁴, tudo de forma motivada⁶⁵. Trata-se de direito subjetivo do réu, que não poderá ser recusado pelo magistrado que, ao receber o auto de prisão em flagrante, concluir pela inexistência de qualquer das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva. Isto porque a Carta Magna é clara

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 302.

⁵⁸ Conforme art. 564, IV, do Código de Processo Penal. No entanto, o reconhecimento da nulidade do auto de prisão em flagrante não tem repercussão no processo-crime, muito menos impede que o magistrado decrete a prisão preventiva, se presentes os pressupostos do art. 312 do CPP.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXV.

⁶⁰ No entanto, a jurisprudência entende que a prisão em flagrante não exige fundamentação de seu ato homologatório, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidido que “o juiz, quando recebe a comunicação do flagrante, não está obrigado a fundamentar o recolhimento do réu, assim, nenhum constrangimento ilegal gera a falta de manifestação do magistrado acerca da legalidade da prisão, nesta fase, já superada, aliás, pela homologação do respectivo auto” (Habeas Corpus n. 2002.003657-9, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXVI e Cf. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 310, parágrafo único.

⁶² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 321.

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigos 323 e 324.

⁶⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 310, parágrafo único.

⁶⁵ O art. 310, parágrafo único, do CPP, em respeito à liberdade individual, determina que o réu somente poderá ser preso provisoriamente se presentes os requisitos dos artigos 311 e 312, ou insatisfeitas as condições dos artigos 408, parágrafo 2º, e 594, do mesmo Estatuto.

ao dispor que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” ⁶⁶.

1.2.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença. Cuida-se de medida cautelar que pode ser decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, inclusive de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Pode ser decretada independentemente da condição de flagrância, para qualquer espécie de crime⁶⁷, bem como ainda que ausente sentença criminal condenatória ou decisão de admissibilidade da acusação de crime doloso contra a vida. Além disso, poderá ser aplicada aos delitos apenados com pena de reclusão e, excepcionalmente, para apenados com detenção⁶⁸.

Para Mirabete⁶⁹ “[...] justifica-se a prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena”.

A prisão preventiva tem tríplice finalidade: é providência de segurança, é garantia da execução da pena e asseguradora da boa prova processual. Segundo Noronha⁷⁰:

[...] no primeiro caso, evita que o delinqüente pratique novos crimes e que seja vítima da vindita popular, do ofendido ou da sua família. No segundo, garante a execução da pena, impedindo sua fuga e, destarte, subtraindo-se os efeitos penais e mesmo civis da condenação. No terceiro diz respeito à instrução criminal, obstando a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas, seja apagando vestígios, subornando testemunhas, enfim, impedindo com sua atitude que a prova seja o que devia ser. Ela é, assim, providência de segurança, garantia da execução da pena e meio de instrução.

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso LXI.

⁶⁷ Na prisão temporária o rol é taxativo.

⁶⁸ De acordo com o art. 313 do Código de Processo Penal.

⁶⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 1993, p. 369.

⁷⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. p. 192.

Destarte, a prisão preventiva é cabível em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal⁷¹, ou mesmo antes da instauração daquele⁷², desde que preenchidos os requisitos legais. Pode o juiz, ainda, anular o flagrante face a existência de algum vício, e decretar a prisão preventiva diante da presença dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar. Poderá, também, ser determinada ao término do prazo para prisão temporária, quando do encaminhamento do inquérito policial a juízo.

São requisitos da prisão preventiva o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*⁷³, sendo imprescindível a devida fundamentação⁷⁴. O primeiro refere-se à prova da prática do crime e indícios suficientes de autoria. Já o segundo está previsto nas quatro hipóteses autorizadas para a prisão, citadas no art. 312 do CPC, vale dizer, prisão para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Deverá o magistrado, pois, analisar se a liberdade do suspeito da prática do fato delituoso põe em risco a ordem pública, objetivando resguardar a segurança da sociedade⁷⁵ e a higidez do próprio processo⁷⁶, ou mesmo a aplicação da sanção penal⁷⁷.

⁷¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 312.

⁷² O Superior Tribunal de Justiça fixou que “a falta de inquérito não impede a decretação da custódia cautelar, desde que fundamentada em peças informativas da existência do crime e indícios de autoria apresentados pelo órgão acusatório” (RHC n. 3.682, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 07.11.94).

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 312.

⁷⁴ Bem por isto o Superior Tribunal de Justiça é uniforme a respeito da necessidade de fundamentação do decreto prisional, sendo insuficiente motivação genérica ou abstrata: “HC – Processual Penal – Prisão Preventiva – Fundamentação – As decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas (Const. Art. 93, IX). Fundamentar significa indicar o fato (suposto fático); daí decorre a norma jurídica (dispensável a indicação formal). No caso de prisão preventiva, individualização da conduta que evidencie a necessidade da prisão cautelar. Especificamente, ofensa à ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. A ordem pública resta ofendida quando a conduta prova acentuado impacto na sociedade, dado ofender significativamente os valores reclamados, traduzindo vilania do comportamento. A conveniência da instrução criminal evidencia necessidade de a coleta de provas não ser perturbada, impedindo a busca da verdade real. Assegurar a aplicação da lei penal, por fim, traduz idéia de o indiciado, ou réu, demonstrar propósito de furtar-se ao cumprimento de eventual sentença condenatória. Aqui, é suficiente o juízo de probabilidade” (HC 3.169, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 15.05.95, p. 13.446).

⁷⁵ Como impedindo o acusado de continuar a cometer delitos.

⁷⁶ Seu resultado útil.

⁷⁷ Evitar a fuga ou desaparecimento do acusado.

Para a decretação da prisão preventiva o juiz deve expor de forma concreta os motivos que ensejam a necessidade da cautela, não sendo suficiente para tanto referências à possibilidade de evasão do distrito da culpa pelo indiciado, à gravidade do delito, ou à repercussão do fato⁷⁸.

A prisão preventiva visa garantir a aplicação da lei penal e a execução provisória da sentença condenatória⁷⁹, bem assim por conveniência da instrução criminal⁸⁰, não tendo referência acerca da culpabilidade.

No entanto, a prisão preventiva não é permitida caso tenha o agente praticado o delito em situação de excludente de ilicitude⁸¹, pelo que deverá o juiz verificar as provas até então colhidas.

1.2.3 Prisão resultante de sentença pronúncia

A sentença de pronúncia representa julgamento sobre a admissibilidade da acusação. Estando o juiz convencido da existência do crime e de que há indícios da autoria, deverá proferir decisão submetendo o acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

⁷⁸ A propósito decidiu o Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” (Habeas Corpus n. 80.719/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

⁷⁹ Como impedir a fuga do réu.

⁸⁰ Nos casos em que há ameaça a testemunha ou diante da possibilidade do réu eliminar provas.

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 314.

Trata-se de mero juízo de admissibilidade, decisão de natureza processual, sendo que seu objetivo é submeter o acusado a julgamento popular⁸².

Como observa Marques⁸³, “[...] a pronúncia é sentença processual de conteúdo declaratório, em que o juiz proclama admissível a acusação, para que seja decidida no plenário do Júri”, sendo que, “só diante de prova inequívoca é que o réu deve ser subtraído de seu juiz natural: o Tribunal do Júri”.

Tourinho Filho⁸⁴ observa que:

[...] desde que haja prova da materialidade do fato e indícios suficientes de que o réu foi o seu autor, deve o Juiz pronunciá-lo. A pronúncia é decisão de natureza processual, mesmo porque não faz coisa julgada, em que o Juiz, convencido da existência do crime, bem como de que o réu foi o seu autor (e procura demonstrá-la em sua decisão), reconhece a competência do Tribunal do Júri para proferir o julgamento.

Assim, considerando que a pronúncia é decisão de natureza processual, eventuais dúvidas deverão ser levadas ao Conselho de Sentença, para apreciá-las e livremente decidir, tudo porque, em sede de provisional prevalece o brocardo *in dubio pro societate*, não exigindo ela juízo de certeza⁸⁵.

⁸² O Superior Tribunal de Justiça fixou: “Segundo a moldura legal do art. 408, do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, em que se exige apenas o convencimento da prova material do crime e da presença de indícios de autoria, sendo descabida que se demonstre nesse édito judicial, de modo incontroverso, quem seja o autor do delito. -Nos crimes dolosos contra a vida, o juízo de certeza sobre a autoria, imprescindível apenas para a condenação, é da competência exclusiva do Tribunal do Júri, seu juízo natural, sendo vedado ao juízo singular, ao proferir a sentença de pronúncia, fazer longas incursões sobre a prova da autoria, susceptíveis de influenciar o corpo de jurados, sendo certo que nessa fase do processo despreza-se a clássica idéia do *in dubio pro reo*, sobrelevando o princípio do *in dubio pro societate*” (REsp. n. 310936/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 28.10.2002, p. 354).

⁸³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1993. p. 198.

⁸⁴ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 1996, p. 24.

⁸⁵ A propósito o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Na fase da pronúncia, persistindo a mínima dúvida, seja quanto à autoria ou às circunstâncias do crime, deve ela ser resolvida em favor da sociedade, substituindo-se o princípio *in dubio pro reo* pelo *in dubio pro societate*, pois a decisão que pronuncia o réu não passa de mero juízo de admissibilidade da acusação, cabendo ao Júri a decisão da causa” Recurso criminal n. 01.014467-0, de Imaruí, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Com efeito, a prisão do pronunciado é efeito automático da pronúncia⁸⁶. No entanto, se o réu for primário e de bons antecedentes poderá⁸⁷ o juiz conceder o direito de aguardar em liberdade o julgamento⁸⁸.

Destarte, deverá o juiz analisar cada caso concreto para decidir, motivadamente⁸⁹, acerca do direito do réu de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal de Júri.

É que apesar do § 2º, do art. 408, do CPP, ter caráter de exceção, sendo a regra a expedição de mandado de prisão na hipótese de pronúncia, o juiz deverá permitir o acusado aguardar o julgamento em liberdade quando não vislumbrar risco para sua realização ou para futura execução da sentença definitiva. Tendo o réu preenchido os requisitos legais, o benefício deve ser reconhecido.

Ora, o enclausuramento provisório deve ser tido como excepcional, somente se justificando se estiver fundado nos motivos que ensejam a prisão preventiva. Portanto, sendo o réu primário e não possuindo maus antecedentes criminais⁹⁰, e inexistindo razões para a decretação da prisão preventiva, estando preso ou não, a conclusão deverá ser pelo direito à liberdade.

Por outro lado, preso preventivamente e persistindo os motivos que determinaram o recolhimento provisório do réu, não tem ele direito à liberdade provisória, especialmente considerando-se que existem elementos suficientes para seu julgamento pelo Tribunal do Júri.

⁸⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 408, § 1º. Bem por isto o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “é efeito imediato da sentença de pronúncia a expedição de ordem de prisão ao pronunciado, não podendo o juiz exercer a faculdade do § 2º do art. 408 do CPP quando não tenha o réu bons antecedentes, ainda que tecnicamente primário” (REsp. n. 50.377/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 03.04.95, p. 8.157).

⁸⁷ Entendo que a expressão “poderá” deve ser interpretada de acordo com os direitos individuais assegurados pela Carta Magna, vale dizer, a liberdade provisória deverá ser concedida ao réu desde que ausentes os pressupostos para a prisão preventiva, sendo o réu primário e possuidor de bons antecedentes. Neste sentido fixou o Superior Tribunal de Justiça: “A sentença de pronúncia não pode negar ao réu o direito de apelar em liberdade se ele é primário e tem bons antecedentes” (RHC n. 4349/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 27.03.95, p. 7.176).

⁸⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 408, § 2º, com redação dada pela Lei n. 5.941/73. Assim, a prisão automática só terá lugar quando o réu for reincidente ou possuir maus antecedentes.

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso LXI. Superior Tribunal de Justiça: “A prisão por pronúncia deve ser devidamente fundamentada, segundo a exegese do ar. 315 do CPP, e do art. 93, IX, da Constituição Federal” (RSTJ 74/132).

Não se pode, pois, olvidar que “[...] qualquer prisão provisória só tem cabimento quando apresente natureza cautelar e se revele necessária, devendo o juiz sempre e de maneira fundamentada apontar as razões que justifiquem a medida constritiva”⁹¹.

1.2.4 Prisão resultante de sentença condenatória recorrível.

Na hipótese de decisão condenatória, acolhendo integral ou parcialmente a denúncia, a regra é a determinação de expedição de mandado de prisão, quando imposta pena privativa de liberdade não suspensa⁹².

Proferida a sentença, o réu permanecerá preso até o trânsito em julgado da decisão condenatória; se estiver em liberdade, será expedido mandado de prisão, exceto se se livrar solto⁹³, prestado fiança no caso de crime afiançável, ou tiver o direito de apelar em liberdade por ser primário e possuir bons antecedentes⁹⁴.

O critério para a prisão decorrente de sentença criminal condenatória é semelhante ao previsto para o reconhecimento ou não da custódia cautelar por ocasião da sentença de pronúncia, ou seja, a possibilidade de aguardar o recurso em liberdade fica da mesma forma vinculada à condição de primariedade e de bons antecedentes.

A prisão, neste caso, igualmente não poderá ser automática, mas somente quando presentes fatos que justifiquem a medida extrema⁹⁵, até porque a periculosidade do réu não poderá ser presumida.

Deve o juiz, pois, apontar de forma concreta os motivos pelos quais entende que o réu deve se recolher à prisão para apelar, seja entendendo que em

⁹⁰ Registro de processos criminais em andamento e condenações pretéritas que não geram reincidência.

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Recursos no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT 2001. p. 184.

⁹² BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 393, I.

⁹³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 321.

⁹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), artigo 594.

⁹⁵ Apreciação do *periculum libertatis*.

liberdade poderia atentar contra a ordem pública ou econômica, seja quando presentes fatos que permitam a conclusão de que o réu, solto, poderá fugir do cumprimento da pena irrogada⁹⁶.

A faculdade de recorrer em liberdade contra sentença condenatória deve ser a regra, face o princípio constitucional da presunção de inocência⁹⁷, aplicando-se a prisão provisória somente quando presentes os pressupostos para decretação da prisão preventiva, especialmente se o réu permaneceu em liberdade durante todo o processo.

Enfim, conforme ensina Grinover; Gomes Filho; Scarance Fernandes⁹⁸:

[...] a prisão em virtude de decisão condenatória recorrível também possui natureza cautelar, visando a assegurar o resultado do processo, diante do perigo de fuga do condenado, em face de um primeiro pronunciamento jurisdicional desfavorável; tanto assim que se admitem a fiança como medida de contracautela; alguns autores preferem vislumbrar na hipótese uma execução provisória do julgado sujeito a recurso, mas essa posição, embora respeitável, não só deixa de levar em conta o aspecto antes mencionado, mas também colide com o princípio constitucional do art. 5º, LVII, que consagra a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Desta forma, deve prevalecer a regra de que sendo o réu primário e de bons antecedentes, pode ele apelar em liberdade⁹⁹.

Vale ressaltar que a Lei de Tóxicos¹⁰⁰ veda o direito de o acusado ficar solto durante o recurso interposto contra sentença que o condenou pelo crime de tráfico de entorpecentes¹⁰¹.

⁹⁶ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina fixou: “Se o réu se encontrava, ao longo do processo, em liberdade, o Juiz sentenciante para obstar o direito de apelar em liberdade deve fundamentar a sua decisão, demonstrando a necessidade da segregação do réu” (HC n. 99.018063-8, de Turvo, Rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso LVII.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e SCARANCE FERNANDES, Antônio. **As nulidades no processo penal**. 2001, p. 297.

⁹⁹ O Superior Tribunal de Justiça firmou: “A atual redação do art. 594 do CPP aproximou-se das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; Hoje, por imperativo da Constituição da República é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento” (RHC 3848/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 12.12.94, p. 34377).

¹⁰⁰ Art. 35, da Lei n. 6.368/76.

Todavia, o art. 35 da Lei n. 6.368/76 não pode ser aplicado literalmente, porquanto a Lei n. 8.072/90, ao mesmo tempo que considerou o tráfico ilícito de entorpecentes crime hediondo por equiparação, determinou, em seu art. 2º, § 1º, que, “em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”¹⁰².

Já a lei que dispõe sobre meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas¹⁰³ estabelece, em seu art. 9º, que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei”.

1.2.5 Prisão Temporária

A prisão temporária é prevista na Lei n. 7.960, de 21.12.1989, e é admitida na fase investigatória¹⁰⁴ de crimes considerados graves, e descritos no art. 1º, III, da citada lei, quando imprescindível para as investigações ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

A prisão temporária tem por escopo possibilitar investigações acerca de crimes graves no fluir do inquérito policial¹⁰⁵.

¹⁰¹ A nova Lei Antitóxicos (lei 10.409/2002) em seu artigo 43, vetado pelo Presidente da República, estabelecia: “O réu condenado por infração dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 não poderá apelar sem recolher-se à prisão”.

¹⁰² É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça: O art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, veio mitigar a imperatividade da imposição do art. 35 da Lei 6.368/76, de modo que, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, em regra o condenado não pode apelar em liberdade, podendo fazê-lo, excepcionalmente, desde que o Juiz o resolva em decisão motivada” (HC 15.545/PB, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 05.04.2004, p. 280).

¹⁰³ BRASIL. Lei n. 9.034, de 03.05.95.

¹⁰⁴ No curso da ação penal cabe a prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “HC - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENA L- PRISÃO PREVENTIVA – PRISÃO TEMPORÁRIA - A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária. A primeira é cautela relativa ao processo penal; a segunda visa ao recolhimento de dados para o inquérito policial” (HC n. 9112/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 16.08.99).

¹⁰⁵ “HABEAS CORPUS – PRISÃO TEMPORÁRIA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. INVIABILIDADE DO SOPEAMENTO DE ELEMENTOS CONTIDOS EM INVESTIGAÇÃO QUE EXPERIMENTA INSTANTE EMBRIONÁRIO. NECESSIDADE IMPRESCINDÍVEL PARA APURAÇÃO DOS FATOS – CONFIANÇA DEPOSITADA NO JUIZ DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA” (HC n. 2003.028754-0, de Itajaí, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

Para Mirabete¹⁰⁶ “[...] trata-se de medida acauteladora, de restrição da liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

A prisão temporária só pode ser decretada pela autoridade judiciária, em decisão fundamentada, sendo de 5 (cinco) dias o tempo de duração, prorrogáveis por igual período, salvo no caso de prática de crime hediondo, quando o prazo é mais dilatado¹⁰⁷.

Naturalmente, assim como as demais espécies de prisão provisória, a prisão temporária deve observar o devido processo legal, atendendo os pressupostos processuais e constitucionais.

Assim, o juiz, ao decidir a respeito da representação da autoridade ou o requerimento do Ministério Público¹⁰⁸, deverá indicar as razões de seu convencimento, apontando os fatos que ensejam a custódia temporária, não sendo suficiente para tanto a gravidade do crime. Destarte, a falta da explicitação dos motivos para a drástica medida configura constrangimento ilegal, sanável pelo habeas corpus¹⁰⁹.

No caso de representação da autoridade policial, imprescindível prévia manifestação do Ministério Público, porquanto se obtém posicionamento do futuro autor da ação penal.

Cometido o delito, e verificando a autoridade policial a existência de dificuldades para a sua apuração, poderá requerer ao Juiz a decretação da prisão temporária, visando o efetivo esclarecimento dos fatos, possibilitando a instauração de Processo-crime contra o pretense autor do crime.

¹⁰⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 1993, p. 377.

¹⁰⁷ A lei n. 8.072/90 estabeleceu em seu art. 2º, § 2º, o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, os casos de decretação da prisão temporária de quem seja alvo de investigação pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado, quando demonstrada extrema e comprovada necessidade.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, art. 2ª, caput.

¹⁰⁹ O Superior Tribunal de Justiça fixou: “A decisão que decreta a prisão temporária, lastreando-se apenas na gravidade do delito, encontra-se sem a devida fundamentação. Tal medida é de natureza excepcional e deve conter elementos concretos que ensejem sua adoção” (HC 13669/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini).

Nos termos do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, caberá a decretação da prisão temporária quando imprescindível às investigações, não tiver o acusado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento dos fatos, ou quando tiver fundadas razões, por qualquer prova da autoria ou participação do indiciado.

Por outro lado, não é preciso a que as condições dos três incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 coexistam. Sendo a medida imprescindível para a investigação do crime, e havendo fundadas razões para a prática de um dos delitos mencionados, não é preciso que o autor não tenha residência fixa ou que não forneça elementos para identificação pessoal¹¹⁰.

Com efeito, não basta para a decretação da prisão temporária a isolada presença de uma das razões previstas nos mencionados incisos. A melhor exegese prevê a conjugação de uma das situações previstas nos incisos I e II com a condição do inciso III¹¹¹.

Vale observar que o rol previsto no inciso III e alíneas do art. 1º da Lei n. 7.960/89 é taxativo, o que impossibilita a sua decretação em outros crimes que não aqueles previstos pelo legislador¹¹².

Considerando que a prisão temporária é decretada com prazo previamente estabelecido, desnecessária se torna a expedição de alvará de soltura, devendo o indiciado ser imediatamente colocado em liberdade após encerrado o prazo fixado pelo juiz para a custódia. Destarte, é defeso à autoridade policial soltar o indicado antes de decorrido o prazo, sem autorização do juiz, que, no entanto,

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Constitucionalidade da prisão temporária**. São Paulo: Cadernos de Doutrina e Jurisprudência da Associação Paulista do MP, 1993, p.27-49.

¹¹¹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão temporária e a lei de tóxicos**. Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina, Curitiba: Juruá, v. 1. p. 164, 1995, e LINO, Bruno Teixeira. Prisão temporária. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 50.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Em tema de prisão temporária prevista na Lei 7.960/89, não basta a indicação isolada de um dos pressupostos contidos nos incisos do seu art. 1º. Além da necessidade de conjugação de diversos fatores e da concomitância de motivos, é imprescindível também que o crime praticado conste da listagem legal” (TJSC - HC 96.012709-7, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 22.01.97).

¹¹² A propósito: HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. 7.960/89 APLICÁVEL AOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 3º, INC. III, DA LEI 7960/89. A prisão temporária somente pode ser imposta ao indicado por autoria ou participação em algum dos delitos do rol taxativo contido no inc. III do art. 3º, da Lei 7.960/89” (TJSC - HC n. 2002.007118-3, de Lages, Rel. Des. Newton Janke).

poderá revogar a medida caso não a considere mais necessária, quando então será expedido o respectivo alvará de soltura.

1.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO (OU REQUISITOS) DA PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Para analisar os requisitos da prisão cautelar¹¹³, imprescindível analisar a sua natureza.

Cumprido, ainda, anotar que não existe processo penal cautelar, mas medidas ou providências cautelares ínsitas ao processo de conhecimento¹¹⁴.

Com efeito, a prisão cautelar pode ser considerada como medida cautelar de natureza processual penal, porquanto objetiva resguardar uma situação antes do pronunciamento judicial definitivo acerca do crime em investigação, seja durante o inquérito, seja durante o processo-criminal.

Assim, a prisão cautelar possui efeitos provisórios, já que tal medida só pode subsistir enquanto subsistam os motivos que a determinou.

Fernandes¹¹⁵ explica:

No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o

¹¹³ A propósito da prisão provisória Robério Lauria Tucci prescreve: "Considerando-se o vocábulo provisória, no senso de temporariedade que ele, precipuamente, indica, prisão provisória consiste na segregação da liberdade do suposto infrator da lei penal antes de apurada, por sentença definitiva, pronunciada por órgão jurisdicional, sua culpabilidade. Corresponde, por outras palavras, e na esteira de doutrinação de Basileu Garcia (Comentários ao Código de Processo Penal, Rio de Janeiro, 1945, nota 136), a toda prisão efetuada precedentemente ao proferimento de sentença condenatória irrecorrível" (Persecução Penal, Prisão e Liberdade, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 218).

¹¹⁴ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro; Renovar, p. 77.

¹¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 297.

direito da parte, atingindo-se, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.

A prisão cautelar, como visto, pode advir da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da prisão resultante de pronúncia, da prisão resultante de sentença condenatória recorrível, e da prisão temporária.

Destarte, não se pode perder de vista o fato de que em sendo a prisão no curso do processo uma intervenção drástica, que atinge a liberdade¹¹⁶ do cidadão, deve ela pautar-se pela mais estrita necessidade, legalidade e legitimidade.

Os pressupostos para a prisão cautelar são os mesmos exigidos nas outras áreas do Direito, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, claro que com as características inerentes à matéria penal.

O primeiro requisito – fumaça do bom direito¹¹⁷ – corresponde à demonstração da ocorrência do ato infracional, vale dizer, indicação da autoria, seja direta, indireta, ou mesmo pela participação, e “se concretiza no processo penal condenatório pela verificação da presença de elementos indicadores de existência do crime e da autoria”¹¹⁸.

Para a prisão em flagrante e respectiva homologação, e para a prisão preventiva e decretos de aprisionamento decorrentes de sentença criminal condenatória e decisão de pronúncia, deve estar comprovada a ocorrência do fato, cuja demonstração ocorrerá, em se tratando de crimes materiais, do corpo de delito ou de prova pericial suficiente para confirmar a situação.

¹¹⁶ Hannah Arendt, ao comentar a obra de Santo Agostinho (A Cidade de Deus, livro XII, cap. 20), anota: “[...] a liberdade é concebida aqui não como uma disposição humana íntima, mas como um caráter da existência humana no mundo. [...] o homem é livre porque ele é um começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir: (*Initium*) *ut esset, creatus es hommo, ante quem nemo fuit*. No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem a um mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. Porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa. Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade” (ARENDDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 2. ed., Editora Perspectiva, 1972, p. 215-216).

¹¹⁷ Denominado *fumus commissi delicti* por Antônio Magalhães Filho na obra Presunção de inocência e prisão cautelar, p. 81.

¹¹⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. 2003, p. 301.

Ora, o conjunto probatório é que ensejará o reconhecimento ou não da existência do crime e sua autoria, valendo destacar que “inexiste fato que não enseje a comprovação no âmbito processual penal” ¹¹⁹.

Bem por isto Tornaghi¹²⁰ asseverou que o Juiz poderá declarar a existência da responsabilidade criminal somente quando “[...] adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia que se forma em sua mente se ajusta perfeitamente com a realidade dos fatos”.

Imprescindível, ainda, a demonstração da culpa (*lato sensu*) por parte do acusador (Ministério Público, vítima ou seus representantes), que tem o ônus probatório de demonstrar a responsabilidade penal do agente. Já o acusado nada tem a provar, sendo sabido e ressabido que no caso de dúvida a absolvição é medida de rigor, especialmente considerando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Desta forma, para decretação da prisão cautelar, como a preventiva, necessário a existência de elementos probatórios a respeito do envolvimento do agente no ato delituoso, assim como a prisão decorrente de decisão de pronúncia está fundada no reconhecimento de um fato e indícios de autoria. Até a prisão temporária exige elemento de prova que permita verificar a ligação do representado com sua consecução.

O juiz, órgão do Estado, deve aplicar o direito de forma imparcial, sendo-lhe vedado produzir prova do interesse da parte. A respeito do papel do juiz no processo penal Coutinho¹²¹ ensina que:

[...] sua posição na relação processual é de órgão *super partes*. Entretanto, deve-se ter em conta que tal situação não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas. É uma figura imparcial, então, como candidamente acena a doutrina tradicional. Neste sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado. É por tal razão que se fala em Estado-juiz. Assim, não se pode dizer que o juiz

¹¹⁹ MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**. p. 108.

¹²⁰ TORNAGHI, Hélio. In: MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.255.

¹²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11.

é um representante do Estado, mas um *órgão* dele e, deste modo, é o Estado, representando-o.

Quanto ao *periculum in mora*, este é caracterizado pela demonstração de que a liberdade do indiciado representa perigo grave, porquanto solto, e com a demora no julgamento, poderia impedir a correta solução do processo ou a aplicação da sanção penal. Revela-se presente quando há risco para o alcance final caso não seja decretada a prisão provisória, é “[...] o perigo, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o acusado, solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva”¹²². Ou, ainda, o risco de que em liberdade o agente possa praticar novos delitos.

Não é suficiente, pois, para a decretação da prisão cautelar a prova do crime e indícios de autoria.

Por fim, importante ressaltar que não se pode admitir a prisão cautelar como antecipação da pena. Como observa Pedroso¹²³, “[...] são o interesse e proteção sociais, e não a antecipação de uma condenação, que se constituem no fundamento exponencial da espécie em exame da custódia provisória”.

Ora, o que se verifica é a supervalorização penal da prisão processual¹²⁴, que no plano jurídico se dá principalmente com o alargamento das hipóteses de prisão provisória, com o aumento de seus prazos e utilizações de presunções *pro societate*, bem assim com o descaso no que se refere as condições para seu cumprimento e desrespeito a determinações legais (separação de presos processuais e condenados), evidenciando o seu caráter aflitivo, expiatório e de pena antecipada¹²⁵.

¹²² FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal Constitucional**. 2001. p. 301.

¹²³ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. p. 95.

¹²⁴ FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, p. 72.

¹²⁵ BECCARIA já advertia em 1764 que “[...] a prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida [...] o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a idéia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado” (Dos Delitos e das Penas, p. 33/34).

A análise da legislação brasileira precisa ser cotejada em face dos tratados de direitos humanos, dado que estas normas pretendem estabelecer direitos e garantias supranacionais, proporcionando aos cidadãos do território nacional um alargamento do ordenamento jurídico em vigor. A prisão cautelar, pois, além da normativa nacional, necessita se adequar ao contexto dos Direitos Humanos. Por isso, segue-se o aprofundamento respectivo, discutindo-se a maneira pela qual as normas aderem ao ordenamento pátrio, especificando-se as que se referem ao tema em comento.

CAPÍTULO 2

FORÇA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PERANTE O DIREITO INTERNO

2.1 CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratado¹²⁶ significa convenção, acordo, protocolo etc¹²⁷. Trata-se de contrato firmado entre pessoas de Direito Público internacional¹²⁸, regulados pelo regime jurídico do Direito internacional.

Para Melo¹²⁹ tratado:

É o ajuste firmado entre os Estados, em decorrência do qual as partes signatárias estabelecem obrigações recíprocas. Quando se constituem em fontes de princípios de Direito Internacional, denominam-se Tratados Normativos e as disposições contratuais, se

¹²⁶ “Tratado é o nome que se consagra na literatura jurídica. Porém, outros são usados, sem qualquer rigor científico, como: convenção, capitulação, carta, pacto, *modus vivendi*, ato, estatuto, declaração, protocolo, acordo, ajuste, compromisso, convênio, memorando, regulamento, concordata etc” (HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 51).

¹²⁷ Para Kelsen o fundamento dos tratados internacionais encontra-se na norma *pacta sunt servanda*, anotando a propósito: “O Direito Internacional consta de normas originariamente foram criadas através de atos de Estado – quer dizer, dos órgãos para o efeito competentes segundo as ordens jurídicas dos Estados singulares – para regulamentação de relações inter-estaduais, atos esses que operaram tal efeito pela via do costume. São estas as normas do Direito internacional geral – geral porque impõe deveres e atribui direitos a todos os Estados. Entre elas, tem particular importância a norma que usualmente é designada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súbditos em relação aos órgãos e súbditos dos outros. O processo consiste em que, através do expresse acordo de vontades dos órgãos de dois ou mais Estados para tanto competentes, são criadas normas pelas quais são impostos deveres e conferidos direitos aos Estados contratantes” (Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 431-432).

¹²⁸ Este trabalho irá considerar somente os tratados firmados entre Estados. Mas, segundo Flávia Piovesan, “cada vez mais, a ordem internacional contempla tratados entre Estados e organizações internacionais e organizações internacionais entre si. Este fato rompeu com a noção tradicional de que o tratado era exclusivamente um acordo entre Estados, substituindo-a pelo conceito de que o tratado é um acordo entre dois ou mais sujeitos de direito internacional” (PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p.154).

¹²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. 2000, p. 93.

ratificadas pelo Poder Legislativo, passam a valer como lei no respectivo Estado.

Mello¹³⁰ disciplina que são os tratados a fonte mais importante do Direito Internacional devido não somente à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são por eles reguladas, e de forma mais democrática, porquanto há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui), destacando que a Convenção de Viena (1969) sobre direito dos tratados anotou que: “Tratado significa um acordo internacional, concluído entre Estados, em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica”.

A doutrina ainda conceitua tratado como “[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹³¹, ou “[...] ato jurídico segundo o qual os Estados e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo entre diversos Estados criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles”¹³². Pode ser definido, ainda, como “[...] acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional. É a manifestação de vontades de tais entes. Um ato jurídico formal que envolve pelo menos duas vontades”¹³³.

Bahia¹³⁴, após destacar a dificuldade no oferecimento de um conceito, define o tratado internacional como “[...] acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das gentes”.

Os tratados constituem a principal fonte de obrigação do Direito internacional na medida em que são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes.

¹³⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 157.

¹³¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

¹³² ARAÚJO, Luís I. de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33.

¹³³ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional**. 2000. p. 51.

¹³⁴ BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3.

Assim, em princípio, toda pessoa internacional¹³⁵ pode celebrar tratados internacionais.

A Convenção de Viena, concluída em 23.05.1969, instituiu a “Lei dos Tratados”, e contou com a participação de oitenta Estados-partes, sendo que o Brasil a assinou na mesma data, mas ainda não a ratificou.

São elementos do tratado internacional o consentimento, a personalidade internacional dos acordantes, e a regência pelo direito internacional¹³⁶.

Já o processo de celebração do tratado internacional possui duas fases.

Baptista¹³⁷ expõe:

A fase inicial de negociação, adoção e autenticação do texto do tratado e a fase final ou de manifestação do consentimento debaixo de uma obrigação. O termo “conclusão” de um tratado deveria ser reservado para fazer referência à segunda fase. Um tratado internacional, qualquer, é elaborado e adotado no sentido de uma negociação, na qual participam os Estados e Organizações, ‘os negociadores’.

Com efeito, para validade do tratado imprescindível a capacidade das partes, vale dizer, o consentimento de seus agentes, sendo que a representação neste caso é feita pelo Chefe do Estado, que é o Ministro de Estado responsável pelas relações exteriores.

O art. 11 da Convenção de Viena dispõe que: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca de instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aprovação ou adesão, ou quaisquer outros meios, se assim for acordado”.

Destarte, o consenso é imprescindível para a validade do tratado, pelo que o art. 52 da Convenção de Viena prevê que este será nulo se sua conclusão for

¹³⁵ “As organizações internacionais são dotadas de personalidade jurídica de Direito Internacional, o que as torna, ao lado dos Estados, os atores por excelência da cena internacional” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. p. 155).

¹³⁶ BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. 2000, p. 3.

¹³⁷ BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **O Novo Direito Internacional Público e suas Consequências**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 96.

obtida mediante ameaça ou o uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela ONU.

Husek observa que a Carta das Nações Unidas exige que todo tratado seja registrado no Secretariado e por este publicado, sob pena do pacto não poder ser invocado perante qualquer órgão das Nações Unidas.

Ao final, fixados o conteúdo e a forma do tratado, este é adotado. A adoção do tratado é regulamentada nos artigos 9.1 e 9.2 da Convenção de Viena (1969), que prevê o consentimento de todos os participantes de Estados, mediante aprovação por maioria de dois terços dos Estados presentes e eleitores.

Com o cumprimento dos requisitos exigidos, e a partir de sua vigência, os tratados podem ser incorporados aos sistemas jurídicos nacionais, passando a integrá-los.

O cumprimento do tratado será de acordo com suas cláusulas, tendo efeito apenas entre as partes, salvo no caso de força maior ou estado de necessidade, como fatos políticos irresistíveis (invasão de território).

Quanto à classificação, Bahia¹³⁸ observa que os tratados podem ser classificados entre tratados-normativos e tratados-contrato. Os normativos consignam normas gerais e abstratas, enquanto os tratados-contrato possuem normas individuais e concretas, onde as partes assumem direitos e obrigações. Pode o tratado ser, ainda, aberto, quando possibilita a adesão de outras partes que não o firmaram originalmente, e fechado na hipótese em que a adesão não é permitida. Os tratados são classificados, ainda, como escritos e não escritos.

Os tratados buscam um intercâmbio recíproco de vantagens e benefícios entre as partes, sendo que o art. 60 da Convenção de Viena sobre Direitos Humanos prevê que o descumprimento grave das obrigações pode configurar justificativa para o término do pacto ou a suspensão parcial de seus efeitos.

No entanto, o inciso V, do art. 60, da Convenção de Viena dispõe que “[...] às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas em tratados de

¹³⁸ BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. 2000, p. 5.

caráter humanitário, em particular as disposições que proíbem toda a forma de represália com respeito às pessoas protegidas por esses tratados”.

A Constituição Federal de 1988 seguiu a tendência do constitucionalismo contemporâneo ao igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais ao prever, em seu artigo 5º, § 2º, 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”.

Bastos¹³⁹ anota que a inspiração deste preceito encontra-se na Constituição dos Estados Unidos, que estabelece: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

A Constituição Republicana de 1891 já firmava em seu artigo 78 que “[...] a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que ela consigna”.

As Constituições seguintes, até chegar à atual, consagraram a mesma disposição.

A Constituição de 1934, em seu artigo 114: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”.

A Constituição de 1937, por seu artigo 123: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2. p. 394.

Já a Constituição de 1946 anotava em seu artigo 144: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantais decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

O art. 150, § 35º, da Constituição de 1967, tinha idêntica redação, ratificado pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

Vale destacar observação de Mazzuoli¹⁴⁰:

A inovação, em relação às Cartas anteriores, diz respeito à referência aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Tal modificação, referente a estes instrumentos internacionais, além de ampliar os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, veio também a reforçar e engrandecer o princípio da prevalência dos direitos humanos, consagrado pela Carta de 1988 como um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil deve se reger em suas relações internacionais (CF, art. 4º, II). E isto fez com que se modificasse sensivelmente a interpretação relativa às relações do direito internacional com o direito interno, no que toca à proteção dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. Basta pensar que a inserção dos Estados em um sistema supraestatal de proteção de direitos, com seus organismos de controle internacional, fortalece a tendência constitucional em limitar o Estado e seu poder em prol da proteção e salvaguarda dos direitos humanos universalmente reconhecidos.

Ferreira Filho¹⁴¹ prescreve a propósito:

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 dos regimes e dos princípios que ela adota, os quais implicitamente reconhece.

Com efeito, são fundamentais a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁴², consagrada na Assembléia das Nações Unidas em 10.12.1948 e adotada pela Resolução 217 (III); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,

¹⁴⁰ Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, n. 28, p.26.

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 632.

¹⁴² As declarações não possuem a força vinculante dos tratados, mas apenas valor de recomendações. René Cassin, citado por Carol Proner, afirmou que os princípios proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, inclusive antes de sua inclusão nos pactos obrigatórios, foram se integrando no âmbito do direito positivo (PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 140).

adotado através da Resolução n. 2.200, na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06.07.1992; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 1969 e conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25.09.92 e promulgada pelo Decreto n. 678, de 06.11.92.

Vale lembrar que em 25.06.93, na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, diversos princípios e valores consagrados na Declaração Universal de 1948 foram ratificados e outros reinterpretados a fim de esclarecer dúvidas acumuladas durante o tempo¹⁴³.

Conforme afirma Bobbio¹⁴⁴, “[...] os direitos nascem quando devem ou podem nascer”, pelo que se pode afirmar que as regras de cunho garantista e em respeito aos direitos do homem foram firmadas principalmente após as duas guerras mundiais, a partir da metade do século XX, através de declarações conjuntas entre diversos países, objetivando o respeito entre seus signatários dos direitos fundamentais do indivíduo e o desenvolvimento dos povos.

Tal fato veio a acarretar a criação da Organização das Nações – ONU, com sede em Nova York, Estados Unidos.

Proner¹⁴⁵ lembra que as violações de direitos são em geral produzidas pelo Estado, de forma que os direitos humanos, ao receberem proteção internacional, passam a subordinar o próprio direito estatal, colocando em cheque a soberania do Estado moderno.

Este fato veio a dificultar a elaboração dos tratados, tendo em vista as resistências apresentadas pelos Estados em aceitar órgão de controle supranacional, com competência para supervisionar as atividades estatais. Isto, e as diversas diferenças socioculturais, políticas e econômicas dos Estados, originou sistemas regionais de proteção de direitos, que são quatro atualmente: o sistema

¹⁴³ Dentre os resultados da releitura da Carta da ONU procedida destaco: a) a universalidade dos direitos humanos como princípio inquestionável; b) o reconhecimento dos direitos humanos como inerentes a todos os seres humanos; c) a insistência no objeto da ‘ratificação universal’ – e sem reservas – dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

européu, o sistema americano, o sistema africano e o sistema árabe¹⁴⁶. São sistemas independentes, mas todos têm por fundamento os princípios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No dizer de Cançado Trindade¹⁴⁷:

[...] a multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, a proteção do ser humano. Os instrumentos globais e regionais sobre direitos humanos têm se inspirado em fonte comum, a Declaração Universal de 1948, ponto de irradiação de esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos.

Já Morenilla¹⁴⁸ critica o estabelecimento de subsistemas e multiplicidade de procedimentos que tratam de direitos humanos porque deslegitimam o sistema “universalizante”.

Proner¹⁴⁹, por sua vez, reconhece:

De qualquer modo, nenhum desses posicionamentos, sejam eles contra ou a favor da proliferação de documentos de proteção de direitos humanos no plano internacional, discute a fundamentação de tais direitos. A posição de Morenilla assume que o modelo universal deve prevalecer sem a concorrência de outros, mesmo que subsidiários, e defende essa posição em nome da eficácia, ou seja, em última instância, o autor considera como legítimo um único ‘conceito’ de direitos humanos, uma única declaração, rejeitando a necessidade de outras interpretações, outras visões que poderiam surgir por meio de modelos regionais.

De outro lado, aqueles que, como Norberto Bobbio, entendem o fenômeno da proliferação de documentos como uma espécie de *ratificação tácita* do universalismo em matéria de direitos humanos, também estão situados em uma posição globalista de imposição de um único modelo. Cançado Trindade, Pedro Nikken e outros internacionalistas que afirmam que a ‘unidade conceitual’ dos direitos humanos transpassa a multiplicidade de instrumentos e documentos internacionais de proteção, também não demonstram preocupação com a fundamentação de tais direitos.

¹⁴⁵ PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**: Análise do Sistema Americano de Proteção. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 67.

¹⁴⁶ A Carta de São Francisco, em seu artigo 52.1, prevê a possibilidade de sistemas regionais funcionarem complementarmente ao sistema da ONU.

¹⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio A. Frabris: 1997, v. I, p. 115.

¹⁴⁸ MORENILLA, Rodríguez. J. M. **Los sistemas para la proteccion internacional de los derechos humanos**. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.

¹⁴⁹ PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**: Análise do Sistema Americano de Proteção. 2002. p. 79/80.

De qualquer sorte, seja qual for o sistema, o objetivo é sempre viabilizar uma maior efetividade dos direitos humanos assegurados nas convenções internacionais. O objetivo, é claro, é evitar possíveis ações arbitrárias por parte de Estado que pretenda violar os direitos humanos protegidos pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e demais pactos.

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, dispõe extenso rol de regras visando assegurar os direitos individuais e coletivos do cidadão.

Este trabalho irá considerar principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵⁰, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, tido como o instrumento mais importante para a proteção dos direitos dos povos da América¹⁵¹.

2.2 FORMAS DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 84, VIII, estabelece que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Encerrada a fase de negociação de um tratado, observa Rezek¹⁵² que “[...] o Presidente da República – que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira – está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento”.

Concordando o Presidente da República com o tratado celebrado, este será encaminhado ao Poder Legislativo para apreciação, assim como poderia o

¹⁵⁰ Evidentemente sem olvidar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tido como referencial para qualquer outro documento editado a respeito dos direitos humanos, apesar de não ter força vinculante.

¹⁵¹ Não há como expor neste trabalho o funcionamento de cada sistema. Mas é de suma importância ressaltar que para garantir os direitos assegurados na Convenção o sistema interamericano possui dois órgãos: a Comissão Americana de Direitos Humanos, que tem a missão de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e a Corte, que exerce funções jurisdicionais e consultivas.

Chefe do Executivo, no caso de insatisfação, arquivá-lo ou determinar a realização de maiores estudos.

Já o artigo 49, I, da Carta Magna, dispõe que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, através da elaboração de decreto legislativo¹⁵³ (art. 59, VI, da CF/88), resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais.

Desta forma, primeiramente ocorre o ato da assinatura do tratado internacional, para em seguida decidir-se acerca da viabilidade de se aderir àquelas normas.

Esta é a sistemática para incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Para que os tratados ou convenções internacionais sejam incorporados ao ordenamento interno, imprescindível prévia aprovação pelo Poder Legislativo que, nos termos da Constituição Federal exerce, a fiscalização e controle dos atos do Executivo.

É que, conforme anota Martins¹⁵⁴, ao Poder Legislativo:

[...] é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada a celebração do ato pelo Presidente, se tal decisão pode ser mantida, em nome do interesse nacional. A harmônica coordenação entre os Poderes Legislativo e Executivo da União, nesse assunto, decorre de preceito constitucional inscrito no art. 21, I, segundo o qual compete à União 'manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais'.

Concordando o Congresso Nacional com a assinatura do tratado, com a elaboração do decreto legislativo, ato contínuo o Chefe do Executivo terá a oportunidade de ratificar a assinatura já firmada, o que configura mera formalidade na medida em que reitera comprometimento anterior, quando da celebração do contrato.

¹⁵² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

¹⁵³ Celso Ribeiro Bastos prescreve que “[...] o decreto legislativo é da competência exclusiva do Congresso Nacional, por isso não está sujeito à sanção presidencial. Basicamente, tem como conteúdo as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional elencadas no art. 49. A promulgação é feita pelo Presidente do Senado Federal” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 362)

Portanto, aprovado o tratado mediante edição do decreto legislativo, segue-se a promulgação e a ratificação. Pode-se, pois, dizer que pertence ao executivo a competência para declarar internacionalmente a vontade do Estado.

Em ratificando o Estado estará obrigando-se perante a ordem internacional com relação ao pacto firmado.

Piovesan e Gomes¹⁵⁵ observam que “[...] como etapa final, o instrumento de ratificação há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento – por exemplo, na hipótese de um tratado das Nações Unidas, o instrumento de ratificação deve ser depositado na própria ONU; se o instrumento for de âmbito regional interamericano, deve ser ele depositado na OEA”.

A participação conjugada dos dois poderes políticos é inafastável, não podendo o Presidente da República manifestar seu consentimento definitivo quanto ao tratado sem o abono do Congresso Nacional.

Resek¹⁵⁶ explica o rito pertinente:

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por mensagem do presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores.

A matéria é discutida e votada, separadamente, primeiro na Câmara, depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.

No dizer de Piovesan e Gomes¹⁵⁷:

[...] consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa

¹⁵⁴ In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2. ed., San José: Costa Rica/Brasília, 1996.

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p.156.

¹⁵⁶ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 2002, p. 65.

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. 2000, p. 157.

enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo, onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. Ressalte-se que, considerando o histórico das Constituições anteriores, constata-se que, no Direito brasileiro, a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo sempre se fez necessária para a conclusão de tratados internacionais.

Evidente que o Congresso Nacional não poderá alterar o tratado sem a concordância de outras nações¹⁵⁸, bem assim não poderá o Presidente da República promulgar algo diverso daquilo que assinou ou do que a publicação do decreto legislativo tornou definitivo¹⁵⁹.

Com efeito, os tratados decorrem da vontade conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo à União manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais¹⁶⁰, competindo privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional¹⁶¹, que, independentemente da sanção presidencial¹⁶², resolverá definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional¹⁶³.

Como importa no comprometimento da soberania nacional, o tratado não pode produzir efeitos se não for seguido de aprovação pelo Congresso, que representa a vontade nacional¹⁶⁴.

Assim, para que o tratado se incorpore, em definitivo, no ordenamento jurídico interno, cabe ao Presidente da República, através de decreto, promulgar¹⁶⁵ o

¹⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 74.

¹⁵⁹ PEREIRA JÚNIOR, José Torres. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. n. 74, p. 463.

¹⁶⁰ Art. 21, I, da CF/88

¹⁶¹ Art. 84, VIII, da CF/88

¹⁶² Art. 48, caput, da CF/88

¹⁶³ Art. 49, I, da CF/88

¹⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. Juarez de Oliveira, 2002, p. 158.

¹⁶⁵ Luiz Olavo Baptista observa que “a promulgação é que faz culminar a inserção dos tratados no direito brasileiro”. Para João Grandino Rodas, “a promulgação atesta a adoção da lei pelo Legislativo, certifica a sua existência e o seu texto, e afirma, finalmente o seu valor imperativo e

texto, publicando-o, em português, em órgão da imprensa oficial, com o objetivo de dar ciência e publicidade do ato, informando da adesão a determinado tratado de direito internacional.

Bem por isto Fraga¹⁶⁶ observa que “[...] o decreto do Presidente da República atestando a existência da nova regra e o cumprimento das formalidades requeridas para que ela se concluísse, com a ordem de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém, confere-lhe (ao tratado) forma executória, e a publicação exige sua observância por todos: Governo, particulares, Judiciário”.

Trata-se, portanto, de ato complexo, que depende da conjugação de vontades do Congresso Nacional e do Chefe do Poder Executivo¹⁶⁷. O primeiro aprova o tratado por decreto legislativo, para então o Presidente da República promulgá-lo após o referendo do Parlamento¹⁶⁸. A vontade do Presidente da República somente estará aperfeiçoada após decisão do Congresso Nacional, o que evidencia a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão dos tratados internacionais, face à reconhecida importância da matéria, relacionada à existência e a independência da nação.

Cumprir destacar que a última palavra é do Presidente da República, e não do Congresso Nacional¹⁶⁹.

Mazzuoli¹⁷⁰ disciplina:

executório” (BAPTISTA, Luiz Olavo. **A publicidade dos tratados internacionais**. São Paulo. RT, 1980. p. 200).

¹⁶⁶ FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 69.

¹⁶⁷ Poderes independentes e harmônicos (art. 2º, da CF/88).

¹⁶⁸ A propósito decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (CR n. 8279/Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 10.08.2000, p. 006).

¹⁶⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que após manifestação do Congresso não cabe mais qualquer intervenção do Executivo, cabendo àquele a última palavra (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, p. 21). Igualmente anota Carlos Weis que a incorporação do tratado “dá-se pela ratificação, pelo Congresso Nacional, do ato de adesão ao tratado, realizado

Ora, afirmar que depois da manifestação do Congresso não cabe mais qualquer intervenção do Executivo, significa dizer que o tratado assinado jamais será ratificado e promulgado. Se assim fosse, não se teria a formação de negócio jurídico perfeito. Sem a ratificação, que é ato privativo do Chefe do Executivo, o tratado nunca vigorará, quer interna, quer externamente. Sem a confirmação às outras partes contratantes do propósito do País em aderir a todo o pactuado, não existe tratado válido a obrigar a Nação nos cenários nacional e internacional. De sorte que, a última palavra, em matéria de celebração de tratados, é do Presidente da República e não do Congresso Nacional.

Henkin, citado por Piovesan e Gomes¹⁷¹, ensina que:

Com efeito, o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera – é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de *checks and balances* talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência européia.

Enfim, para que o tratado internacional seja incorporado ao ordenamento jurídico interno necessária prévia edição de decreto pelo Chefe do Poder Executivo, para que em seguida o Congresso Nacional o aprove, através de decreto legislativo, quando então será facultado ao Presidente da República ratificá-lo, ou não, considerando os interesses da Nação.

Esta é a regra geral.

Neste processo, o Poder Judiciário só atua após o tratado internacional estar incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo que ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, compete julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, “[...] quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei

internacionalmente pelo Poder Executivo” (Direitos Humanos Contemporâneos, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 26).

¹⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. 2002, p. 165.

federal”¹⁷². Da mesma forma o Superior Tribunal de Justiça julgará, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, “[...] quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”¹⁷³.

No que se refere aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mais adiante será sustentada a sua incorporação ao direito interno independentemente da edição pelo Poder Executivo de decreto de execução presidencial.¹⁷⁴

Destarte, publicado o decreto legislativo¹⁷⁵, o tratado ganha definitividade no direito interno, e sua eficácia impede que a legislação ordinária disponha em sentido contrário.

Vale observar que a Constituição Federal não prevê prazo para o Presidente da República encaminhar ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado¹⁷⁶. Da mesma forma inexistente prazo para que o Congresso aprecie o tratado então firmado, ou mesmo prazo para que o Chefe do Executivo o ratifique, caso aprovado pelo Congresso.

A Constituição Federal é igualmente omissa no que se refere à questão da relação entre o Direito internacional e interno, vale dizer, não menciona a forma de incorporação dos tratados, se automática ou não-automática, o que será verificado a seguir.

Quanto ao término do tratado, este ocorrerá na hipótese de consentimento mútuo, condição resolutória, execução integral ou impossibilidade de execução etc, além da denúncia unilateral, que ocorre quando um dos Estados comunica o outro a sua intenção de dar por findo ou se retirar do tratado, devendo

¹⁷¹ Constitutionalism, democracy and foreign affairs. Nova York, Columbia University Press, 1990, p. 59, *apud* PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. 2000, RT, p 80-81.

¹⁷² Art. 102, III, b, da CF/88.

¹⁷³ Art. 105, III, a, da CF/88

¹⁷⁴ Conforme MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**, 2002, p. 153 e segts. e ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Habitus Editora, 2002, p.88 e segts.

¹⁷⁵ A publicação é requisito inafastável (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 2002, p. 384).

ser prevista expressamente esta possibilidade para que o tratado possa ser denunciado.

Por outro lado, no que se refere à incorporação dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico, há controvérsia entre as escolas dualista e monista, não se podendo olvidar que o tratado, sendo contrato, é ato jurídico, ao mesmo tempo em que tem caráter normativo.

Mazzuoli¹⁷⁷ prescreve a respeito:

Foi Alfred von Verdross quem, em 1914, cunhou a expressão 'dualismo', aceita por Triepel, em 1923. Para os adeptos dessa corrente, o direito interno de cada Estado e o internacional são dois sistemas independentes e distintos, embora igualmente válidos. Por regularem tais sistemas matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito... Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado. [...] Já os autores monistas partem da inteligência oposta. [...] Os monistas dividem-se em duas correntes: a) uma (monismo internacionalista), sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas (posição que teve em Hans Kelsen seu maior expoente). Os que defendem este posicionamento se bifurcam – uns não admitem que uma norma de direito interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade, assim como Kelsen (*Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechtes*, 1920), e outros, os mais moderados, como Verdross, negam tal falta de validade, embora afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo ou a sua derrogação ou a sua inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos decursivos; b) já, a outra corrente (monismo nacionalista) apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. Aceitam a integração do produto convencional ao direito interno. Mas não em grau hierárquico superior.

Para a escola dualista ocorre um rompimento entre o ordenamento jurídico internacional e o nacional, sendo que para que o tratado então ratificado produza efeitos jurídicos no ordenamento jurídico interno seria imprescindível a edição de ato normativo nacional, que seria decreto de execução por parte do Chefe

¹⁷⁶ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi assinada em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso somente em 1992.

¹⁷⁷ Valério de Oliveira Mazzuoli, A influência dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 53, São Paulo: PGESCP, 2000, 86-88.

do Poder Executivo. Díez de Velasco, citado por Steiner¹⁷⁸, justifica esta teoria afirmando que:

[...] as relações que regulamentam ambos os direitos são distintas, já que o internacional é dedicado a regular as relações entre os Estados e os internos as relações entre os indivíduos. Outra razão radical de separação eram as fontes: enquanto o direito internacional, por sua posição voluntarista, procedia da vontade comum de vários Estados, os direitos internos procediam da vontade unilateral do Estado; como consequência disso o direito internacional não obrigava aos indivíduos até que suas normas fossem transformadas em direito interno.

A escola monista, por sua vez, entende que há uma unidade no ordenamento jurídico como um todo, o tratado internacional ratificado teria aplicação imediata e automática no direito interno, independentemente da edição de decreto de execução.

Nesta concepção, no dizer de Rosa¹⁷⁹, “[...] haveria um imbricamento entre as regras internacionais com as internas, válidas desde o momento em que o Estado celebra um Tratado Internacional, incorporando-o, desde logo ao seu ordenamento, prescindindo da edição de ato legislativo superveniente”.

Bem por isto, e tendo em conta que o decreto legislativo ou executivo pode ser considerado “lei”, Dallari¹⁸⁰ sustenta que “[...] o tratado ingressa no direito brasileiro – e entendo que essa é uma questão pacífica hoje – com vida própria, com força própria, por força do compromisso internacional celebrado pelo Brasil, sendo o decreto presidencial a via pela qual se dá a publicidade ao seu conteúdo e se fixa o início de sua vigência no território nacional. Prevalece, assim, a solução monista para o dilema da integração dos tratados de direito internacional público ao direito interno”.

Este trabalho irá sustentar o entendimento segundo o qual os Tratados internacionais de Direitos Humanos têm *status* de norma constitucional, aplicabilidade imediata na ordem jurídica brasileira a partir da ratificação, com

¹⁷⁸ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT. 2000, p. 61-62.

¹⁷⁹ ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Habitus Editora, 2002, p. 91.

¹⁸⁰ DALLARI, Pedro B. A. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição interna. **Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, p. 31-32, 1997.

fundamento no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, independentemente da edição de decreto de execução.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA HIERARQUIA DAS LEIS

O art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, estabelece 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”¹⁸¹.

Com efeito, a Constituição Federal adota um sistema misto, dando tratamento jurídico diverso para os tratados de direitos humanos e aos tratados tradicionais.

Tendo em conta que no presente trabalho será analisada a forma pela qual os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, importante conceituar o que são os direitos humanos.

E a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, em seu parágrafo 5º, disciplina que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

¹⁸¹ Este dispositivo teve origem na Constituição de 1891, onde o artigo 78 previa: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

Piovesan e Gomes¹⁸² esclarecem a diferença entre tratados convencionais e tratados de proteção aos direitos humanos. Para a autora os tratados internacionais tradicionais buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial, transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, pois objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas do Estado.

Ora, inequívoco que, de acordo com o art. 102, III, b, da Constituição Federal, os tratados internacionais convencionais têm força hierárquica infraconstitucional.

Diversa a situação dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, pois têm aplicabilidade imediata no direito interno brasileiro, e da mesma forma e nível que os direitos constitucionalmente assegurados.

Desta forma, a Carta Magna, ao incorporar ao extenso rol de direitos e garantias¹⁸³ previstos no seu art. 5º os direitos assegurados nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, na verdade está atribuindo a estes hierarquias de norma constitucional.

Não se pretende equiparar as normas relativas aos direitos humanos com as normas comerciais, dentre outras, as quais não poderão ter *status* constitucional.

A incorporação pela Constituição das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais é evidente.

Piovesan e Gomes¹⁸⁴ asseveram a respeito:

¹⁸² PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. 2000, RT, p. 162.

¹⁸³ Importante apontar a diferença entre direitos e garantias, consignando Rui Barbosa que “a confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos, ao passo que a garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrências mais ou menos fácil” (BARBOSA, Rui. **A Constituição e os Atos Inconstitucionais**. 2. ed., Rio de Janeiro, p. 193-194).

¹⁸⁴ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. RT, 2000, p. 160.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Esta conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do ‘bloco de constitucionalidade’, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato de as Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um status jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição Argentina que, em seu ar. 75, parágrafo 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-DF firmou entendimento segundo o qual:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*‘lex posterior derogat priori’*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.¹⁸⁵

Portanto, para o Excelso Pretório, de acordo com o sistema paritário, tratado e lei são equivalentes; as normas de Direito internacional estão equiparadas às leis ordinárias, tudo condicionado à edição de ato legislativo formal para efeito de proporcionar a entrada destas normas no ordenamento jurídico nacional¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, Informativo n. 135, 7-11/12/1998. Esta posição, de acordo com o sistema paritário, foi firmada a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE (RTJ 83/809), em 1977, quando restou assentada a tese de que no caso de conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador deve ter sua prevalência garantida pelo Judiciário.

¹⁸⁶ Sylvia Steiner, todavia, destaca que o Supremo Tribunal Federal atualmente orienta-se no sentido da adoção da teoria monista, ressaltando a impossibilidade de os tratados vincularem o

Consolidou o Supremo Tribunal Federal, pois, o entendimento de acordo com a teoria dualista, considerando, por exemplo, que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não se contrapor à permissão do art. 5º, LXVII, da Carta Magna, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especial¹⁸⁷. Para a Suprema Corte o tratado, tendo força de lei ordinária, pode revogar disposições em contrário, ou ser revogado diante de lei posterior, de acordo com o princípio *lex posterior derogat priori*.

Com efeito, a Carta Magna adota um sistema misto, intermediário entre o monismo e dualismo, dando regime jurídico diferenciado quanto aos tratados de direitos humanos e aos tratados tradicionais.

Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 4º, II, prevê o princípio da “prevalência dos Direitos Humanos” nas relações internacionais do Estado do Brasil, ampliando os mecanismos de proteção da dignidade da pessoa humana, pelo que não se pode excluir tais direitos aos brasileiros.

No dizer de Rosa¹⁸⁸, “[...] ao celebrar um tratado de Direitos Humanos no âmbito internacional, e em face da impossibilidade de exclusão de benefício

legislador interno (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 2000, p. 80).

¹⁸⁷ Neste ponto vale destacar o pacífico entendimento do STF a respeito da possibilidade da prisão civil do depositário infiel na hipótese de alienação fiduciária em garantia. Decidiu o STF no RHC n. 80035/SC: “A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) - a legislação doméstica de natureza especial (*lex specialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel” (DJU de 17.08.2001, p. 53).

O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no entanto, têm reiteradamente decidido no sentido da ilegalidade do decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel, além de sustentar que o Pacto de São José da Costa Rica derroga todas as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, de acordo com o art. 5º, § 2º, da CF/88. Veja-se os seguintes precedentes do STJ: EREsp n. 149.518/GO, Rel. Min. Ruy Rosado; HC n. 11.918/CE, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 10.06.02.

¹⁸⁸ ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**, Habitus Editora, 2002, p. 92.

incompatível com o princípio da isonomia, não pode o Estado (so) negar o mesmo tratamento aos brasileiros”.

Bonavides¹⁸⁹ ensina que “[...] os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material. [...] Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade de ordem material, cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça”.

Com efeito, entendo que o art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da Constituição, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos hierarquia de norma constitucional.

Não pode, pois, prevalecer a posição do Supremo Tribunal Federal, para quem os tratados internacionais ingressariam no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico da legislação ordinária¹⁹⁰, entendimento este que vai de encontro ao princípio de prevalência dos direitos humanos¹⁹¹.

Esta concepção vai de encontro à prevalência dos Direitos Humanos e à própria Constituição Federal na medida em que pode ocorrer de o Brasil defender internacionalmente Direitos previstos nesses tratados, e ao mesmo tempo negar sua aplicação no âmbito interno, em evidente desprezo ao princípio da isonomia.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos acrescentam novos direitos ao texto constitucional, pois a redação do art. 5º, § 2º, é clara ao dispor que

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 553-554.

¹⁹⁰ O então Ministro José Carlos Moreira Alves afirmou, em conferência no Simpósio “Imunidades Tributárias”, a propósito do art. 5º, parágrafo 2º, da CF, que “só se aplica aos Tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 e ingressam como lei ordinária”, acrescentando que aos tratados posteriores não seria aplicável citado dispositivo porquanto “senão por meio de Tratados teríamos Emendas constitucionais a alterar a Constituição”, e que tratado posterior “não pode modificar a Constituição nem se torna petrificado por antecipação”(Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, RT, Centro de Extensão Universitária, 1988, Pesquisas Tributárias, Nova série, n. 4, p. 22).

¹⁹¹ Pedro Dallari observa: “a prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo país para regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito internacional público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado parágr 2º, do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos

esses direitos e garantias previstos nos tratados ratificados pelo Brasil se incluem no nosso ordenamento jurídico interno, devendo ser considerados como se escritos na Carta Magna.

Ora, evidente que a expressão “não excluem” prevista no § 2º, do art. 5º, deve ser interpretada no sentido de que as garantias e direitos previstas nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil passam a integrar o rol de direitos protegidos pela Constituição, ampliando-o.

Mazzuoli¹⁹², ao sustentar que os tratados de direitos humanos têm índole e nível constitucional, explica:

Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de ‘norma constitucional’, os quais passam a integrar, portanto, o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Ou seja, a Constituição além de incorporar esses valores provenientes de tratados internacionais lhes dá juridicidade, na medida em que lhes reconhece como fazendo parte do direito constitucional efetivamente ‘válido’. De forma que não há falar-se que os direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte têm caráter de norma infraconstitucional. A própria função do Estado de proteger e promover a dignidade da pessoa humana já indica esta tal impossibilidade.

Com efeito, as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos não se incorporam ao texto constitucional, mas ampliam o rol de direitos previsto no art. 5º da Constituição Federal, incorporando-se no ordenamento jurídico interno, desde a celebração, independentemente de qualquer ato legislativo formal interno.

Cançado Trindade¹⁹³ explica que:

[...] assim, a novidade do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos

direitos e garantias decorrentes ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (**Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162).

¹⁹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. 2002, p. 165.

¹⁹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

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.

Mello¹⁹⁴ segue o mesmo entendimento, asseverando que:

[...] a Constituição incorporou ao direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados dos quais o Brasil faz 'parte' já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima. Ele é um verdadeiro pleonismo. Entretanto, algo realizado com o intuito que reconhecemos humanitário, pode se transformar em algo perigoso. É que em países onde há uma incorporação pura e simples o tratado é equiparado à lei e, erroneamente, se afirma que a lei posterior pode revogar o tratado que seria uma lei anterior. Na verdade, os direitos humanos têm a nosso ver um status especial na ordem jurídica internacional e deve predominar sempre.

Pode-se, portanto, afirmar que a norma internacional de direitos humanos, tendo *status* constitucional, não pode ser revogada por lei ordinária, não se aplicando o princípio *lex posterior derogat priori*. Além disso, estes tratados têm aplicação imediata na ordem jurídico brasileira a partir da ratificação, de acordo com o § 1º, do art. 5º, da CF, não sendo aplicável a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal.

Destarte, se a norma internacional repete ou explicita direitos e garantias assegurados na Constituição, estará ela amparada pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta, não podendo ser objeto de proposta legislativa com objetivo de aboli-la. E mais, o tratado internacional de proteção de direitos humanos ratificado pelo Brasil não poderá ser suscetível de denúncia.¹⁹⁵

¹⁹⁴ MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 188.

¹⁹⁵ Carol Proner, no entanto, entende que apesar de constituir cláusula pétrea o tratado internacional é suscetível de denúncia por parte do Estado (PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção**. 2002. p. 157).

Bem por isto Rosa¹⁹⁶ defende que essa compreensão insere-se na reconstrução da agenda dos Direitos Humanos no Brasil, no plano de ação, já que limita os abusos do Estado e dilarga o rol de direitos e garantias dos indivíduos.

A controvérsia surge quando ocorre conflito de normas, vale dizer, quando o tratado de direitos humanos contraria o rol de direitos e garantias previstos na Carta Política.

Para situações tais o direito internacional determina a adoção do critério de que “lei posterior derroga lei anterior com ela incompatível”.

No entanto, a solução não é tão simples, e a resposta é pela adoção da norma mais favorável à vítima, vale dizer, a norma mais benéfica, considerando a natureza diferenciada do tratado que versa sobre direitos humanos¹⁹⁷. Até porque o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos é claro ao estabelecer que “nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”.

Steiner¹⁹⁸ expressa:

Para as Cortes internacionais, não há mais espaço para controvérsias, posto que o direito dos tratados explicita a prevalência dos compromissos internacionais assumidos de boa-fé pelos Estados sobre quaisquer normas internas desses mesmos Estados, inclusive as constitucionais. Travieso lembra diversas decisões da Corte Permanente de Justiça, destacando dentre elas a proferida no caso das zonas francas de Gex, onde se declarou que a França não poderia apoiar-se em sua própria legislação para limitar o alcance de suas obrigações internacionais, e que tal dispositivo vale também em relação às leis constitucionais opostas ao direito internacional.

¹⁹⁶ ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**, Habitus Editora, 2002, p. 92.

¹⁹⁷ Neste sentido: PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção**. 2002, p. 158; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. RT, 2000, p. 85; PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. RT, 2000, p. 177.

¹⁹⁸ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 2000, p. 86.

Já quando estas regras de direitos humanos coincidirem ou complementarem as disposições constitucionais não termos qualquer dificuldade, pois o rol de direitos será confirmado ou dilargado.

Desta forma, e este é o objeto do presente trabalho, impõe-se uma releitura do ordenamento infraconstitucional, ou seja, aferir os pressupostos da prisão cautelar tendo em conta os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos¹⁹⁹, obtendo-se a cada julgamento de validade garantista a manutenção da norma ou mesmo de parcela de sua validade²⁰⁰.

¹⁹⁹ Segundo José Cirilo de Vargas, “[...] as leis do processo penal funcionam como complemento da Declaração de Direitos” (VARGAS, Jose Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p 46).

²⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. 2002. p 92.

CAPÍTULO 3

A PRISÃO CAUTELAR A PARTIR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

3.1. A POSTURA GARANTISTA DO PODER JUDICIÁRIO

A maneira pela qual o Poder Judiciário analisa os casos penais postos em julgamento pressupõe uma matriz garantista²⁰¹, entendida como a defesa intransigente dos Direitos Fundamentais, consoante preconiza Ferrajoli²⁰²:

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

Para Ferrajoli ²⁰³, o papel do direito penal e do processo penal é o de garantir a eficácia no plano jurisdicional dos Direitos Fundamentais, incluídos os Direitos Humanos anteriormente estabelecidos²⁰⁴. Diferenciando direitos de garantias – na linha de Bobbio – Ferrajoli preconiza que se houver a confusão entre os dois, se perdem os referentes no âmbito da prática jurídica²⁰⁵. É preciso dotar os direitos de mecanismos jurídicos eficazes. Caso contrário, mesmo havendo declarações de direitos em tese, o cotidiano dos fóruns acaba os desconsiderando e

²⁰¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 85-87: No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de ‘garantismo’ são defesas e tutelas de caráter jurídico; são pois os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito..

²⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías – la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 23-4.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 22-23.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2001, p. 45-46.

mantendo práticas em desconformidade com os direitos, como se dá com as prisões cautelares em algumas situações. E a postura garantista pressupõe uma certa intimidade com o texto constitucional, bem assim aos tratados de Direitos Humanos, dotando-se, ademais, instrumentos a respectiva implementação.

Preconiza Rosa²⁰⁶ que:

Com efeito, todos, absolutamente todos os atores jurídicos devem ter para com a Constituição Federal uma estreita ligação, ou seja: imediata e total. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas aos regramentos Constitucionais relativos aos direitos fundamentais, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias com o objetivo de sua preservação e realização. Essa é uma das tarefas do ator jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: Tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais. Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais e/ou as práticas jurídicas avancem sobre esses bens sem qualquer levante/resistência constitucional.

Desta forma, o magistrado deve assumir uma posição de garante da Constituição, renunciado à condição de boca da lei para assumir uma postura democrática de efetivo defensor do conteúdo constitucional, procedendo ao controle difuso da constitucionalidade das normas jurídicas. As normas do Código de Processo Penal precisam sempre de uma reinterpretação que as conforme aos direitos fundamentais, sendo que no caso das prisões cautelares o que importa é o *status* liberdade cada vez mais consolidado.

Ferrajoli²⁰⁷ sustenta:

[...] a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação

²⁰⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **O Juiz (Garantista) e a Execução Penal: por uma Racionalidade Consequencialista** (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.401-418.

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.90-91.

judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

Essa validade da norma jurídica desde a Constituição e os Direitos Humanos implica na modificação, como visto, da análise dos pressupostos à concessão de uma prisão preventiva, especificamente no tocante à fundamentação, a qual não pode se dar apenas com a reprodução dos textos legais, acrescentando-se difusamente que estão preenchidos. É inafastável a obrigação de cotejar a norma jurídica em face do caso sob análise, amoldando justificadamente sua pertinência, tendo como critério a liberdade e a exceção a prisão cautelar.

A respeito do papel do juiz como garantidor dos Direitos Fundamentais, pertinente a crítica exposta por Franco²⁰⁸:

Não é mais admissível, nem tolerável, num Estado Democrático de Direito, o entendimento de que ao juiz só caiba 'extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal visado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição', aquilo que 'há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior' porque o juiz não é legislador e não tem 'a autoridade que tem o Legislador para estabelecer a melhor disciplina. Esse juiz, segundo esse modelo nitidamente positivista, tem não intimidade, mas um profundo distanciamento da Constituição. Esse juiz é um técnico, um burocrata, um temeroso respeitador das formas, um seguidor fiel de regras porque elas simplesmente existem e, por isso têm validade formal. Seu formalismo chega a ponto de renunciar à verificação da existência ou não de colisão da lei infraconstitucional com o conteúdo material da Constituição para satisfazer-se apenas no exame de mera concordância formal com a Lei Maior.

Segundo Ferrajoli esta discussão sobre prisão cautelar demanda uma discussão preliminar sobre o sistema processual vigente, ou seja, que a prisão cautelar é uma herança do sistema inquisitório. Apesar de o sistema brasileiro ser, em face da Constituição e dos Tratados de Direitos Humanos, eminentemente acusatório, o Código de Processo Penal mantém, em tese, uma estrutura

²⁰⁸ FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

inquisitória, já que foi inspirado no modelo fascista de Manzini, como afirma Miranda Coutinho²⁰⁹, para quem o sistema brasileiro é misto:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio (...). Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.

Essa herança inquisitorial parte da pressuposição de que o acusado deve ser tratado com inferioridade, situação incompatível com a evolução do Estado Democrático de Direito que leva a sério os Direitos Humanos. A sociedade evoluiu e a Constituição merece ser cumprida em sua totalidade, valendo, portanto, a assertiva de Ferrajoli²¹⁰:

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça *necessária*’, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. (...) Quais são então, se elas existem, as ‘necessidades’ – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo? Já falei sobre a manifesta incompatibilidade, reconhecida pela doutrina mais atenta, entre o princípio da presunção de inocência (ou ainda só o de não culpabilidade) e a finalidade de prevenção e de defesa social, que inclusive depois da entrada em vigor da constituição uma vasta fileira de processualistas continuou associando à custódia do acusado enquanto presumido perigoso. Restam as outras duas finalidades: a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado, já indicadas por Beccaria e reconhecidas como únicas justificações da doutrina e da jurisprudência mais avançadas. Certamente ambos esses argumentos atribuem ao instituto finalidades estritamente cautelares e processuais. Mas é isso bastante para considerá-los justificados? São as duas finalidades processuais, em outras palavras, realmente legítimas e, ainda, não desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? Ou,

²⁰⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-18.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2002, p. 446.

ao contrário, não existem meios do mesmo modo pertinentes mas menos gravosos tornando 'desnecessário' o recurso à prisão sem processo?

Evidentemente que não se chega ao ponto dos abolicionistas, no sentido da abolição por completo da prisão, mas sim de que seu deferimento deve ser temperado com a demonstração dos requisitos legais para tanto, com absoluto respeito aos Direitos Fundamentais. Por isso a importância de aproximar os direitos humanos da prática forense, fazendo o respectivo contejo destes com a legislação interna, usualmente manejada para efeito de segregação cautelar.

Importante destacar que a pretensão de Ferrajoli e seu Garantismo Penal é a de construir um sistema que devolva ao Direito Penal sua função de *ultima ratio*, segundo a qual não se pode usar o direito penal como meio irrestrito de defesa social, devendo existir absoluta necessidade democrática de sua intervenção, incompatível com a explosão legislativa penal ocorrida nos últimos anos no Brasil:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.²¹¹

Conjugados os pressupostos garantistas, começam a surgir posições jurisprudenciais aplicando esta lógica de garantia, necessária à construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, consoante se verifica no seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. CLAMOR PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE À PRISÃO. - Toda espécie de prisão provisória, enquanto espetacular exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), exige a satisfação dos requisitos gerais em matéria cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro encontra-se consubstanciado nos indícios de autoria e prova da materialidade (concomitantemente), ao passo que o segundo pode se manifestar na necessidade de garantir a ordem pública (ou econômica), assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência da instrução criminal (ao menos uma destas hipóteses deve estar presente). - O 'clamor público', a 'intranquilidade social' e

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2002, p. 373.

o ‘aumento da criminalidade’ não são suficientes à configuração do *periculum in mora*: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade e o clamor público são frutos da estrutura social vigente, que se encarrega de os multiplicar nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia – sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro. – A gravidade do delito, por si só, também não justifica a imposição da segregação cautelar, seja porque a lei penal não prevê prisão provisória automática para nenhuma espécie delitiva (e nem o poderia porque a Constituição não permite), seja porque não desobriga o atendimento dos requisitos legais em caso algum. À unanimidade, concederam a ordem.²¹²

Diante desta função de garante e somando-se aos Direitos Humanos é que se verá, em seguida, a pertinência constitucional dos decretos prisionais no contexto Brasileiro, especificamente os requisitos necessários à prisão.

3.2 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS (OU RATIFICADOS) NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos têm *status* de norma constitucional, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe que os direitos e garantias por ela previstas “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”.

Assim, a Carta Política inclui, no rol de direitos constitucionais protegidos, os direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil²¹³, os quais aprimoram e fortalecem o grau de proteção dos direitos consagrados na ordem jurídica interna, nunca restringindo-os.

No que se refere aos tratados internacionais, são de citação obrigatória no presente trabalho: a) Declaração Universal dos Direitos Universais do Homem, aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas de 10.12.1948; b) Pacto

²¹² TJRS, HC n. 70005916929, de Camaquã, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24.01.1992; c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

Os tratados internacionais de direitos humanos vêm, pois, complementar nosso sistema jurídico, especialmente o processo penal, cabendo ao juiz interpretar e moldar a legislação infraconstitucional a partir dos Direitos Fundamentais (Garantismo Penal). Isto porque os direitos humanos devem predominar sempre, com fundamento no art. 4º, II, da Carta Magna.

Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo hierarquia constitucional no ordenamento interno brasileiro, podem repetir norma já expressa na Constituição, podem dispor sobre direito não consagrado expressamente na Carta Política, podem suprir lacunas existentes tanto na CF como em leis infraconstitucionais, bem como poderão colidir com direito assegurado constitucionalmente.

Para a primeira hipótese, mera repetição, destaco o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF/88, que é previsto no art. XI, 1, da Declaração Universal (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”), da mesma forma pelo art. 14 (3) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”), bem assim pelo art. 8 (2) do Pacto de São José da Costa Rica, cuja redação é idêntica à do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O princípio da igualdade, assegurado no art. 5º da Carta Política, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, é igualmente consagrado pelo art. VII da Declaração Universal de 1948 (“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei”), no art. 26 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei”), e no art. 24 da Convenção Americana (“Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”). Igualmente o art. 5º, III, da Constituição Federal, que prevê

²¹³ Até porque a Constituição não esgota a matéria a respeito.

que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, apenas repisa o disposto no art. V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e do art. 5º (2) do Pacto de São José da Costa Rica (“Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”).

Piovesan e Gomes²¹⁴ explicam:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira reflete não apenas o fato do legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumental, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno, de modo a que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Neste caso, os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará não apenas em responsabilização nacional, mas também em responsabilização internacional.

Na segunda hipótese, os tratados passam a integrar e complementar o rol de direitos previstos na constituição, justamente por não estarem expressamente consagrados na Carta Política, o que faz através da cláusula aberta do §2º, do art. 5º²¹⁵. Como direitos que ampliam o rol dos direitos constitucionalmente protegidos podemos citar os seguintes: a) proibição do reestabelecimento da pena de morte nos Estados que a hajam abolido, consoante art. 4 (3) da Convenção Americana; b) direito ao duplo grau de jurisdição como garantia judicial mínima, de acordo com os artigos 8º, 2, *h* e 25.1, da Convenção Americana; c) direito do acusado ser ouvido, nos termos do art. 8.1, da Convenção Americana; d) direito de toda pessoa detida ou retida de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, de acordo com o art. 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Novamente Piovesan e Gomes²¹⁶ expõem a respeito:

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. 2000. p. 174.

²¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. 2002. p. 158.

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. 2000. p. 176.

Esse elenco de direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte inova e amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, na medida em que não se encontram previstos no Direito interno. Observe-se que este elenco não é exaustivo, mas tem como finalidade apenas apontar, exemplificamente, direitos que são consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e que se incorporam à ordem jurídica interna brasileira. Deste modo, percebe-se como o Direito Internacional dos Direitos Humanos inova, estende e amplia o universo dos direitos constitucionalmente assegurados.

Pode o tratado internacional, ainda, preencher lacunas apresentadas pelo ordenamento jurídico interno, podendo ser citado como exemplo decisão proferida pelo Excelso Pretório a propósito da existência jurídica do delito de tortura contra criança e adolescente²¹⁷, quando se decidiu que a Convenção de Nova York sobre

²¹⁷ A ementa do acórdão é do seguinte teor: “TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO - NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE. - O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine)” (HC n. 70.389/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 10.08.2001, p. 3).

os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU de 1984 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”, valendo observar que somente em 07.04.97 foi editada a lei n. 9.455, que definiu o crime de tortura²¹⁸.

Por fim, temos a hipótese de conflito de normas, que ocorre quando o tratado de direitos humanos contraria o rol de direitos e garantias previstos na Carta Política.

Em casos tais, a solução a ser adotada é de acordo com a norma mais favorável à vítima, entendimento de acordo com inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, o que foi sustentado no capítulo anterior, com base no consagrado princípio da prevalência dos direitos humanos²¹⁹, assegurado no art. 4º, II, da Constituição de 1988.

Cançado Trindade²²⁰, para quem no caso de conflito a prioridade da norma mais favorável é inequívoca, ensina:

No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.

Pode-se citar como exemplo de conflito de normas a prisão civil do depositário infiel, cuja possibilidade jurídica é no mínimo questionada.

Isto porque, ao mesmo tempo em que o art. 5º, LXVII, da CF/88 prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel, o art. 11 do Pacto Internacional dos

²¹⁸ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. RT, 2000. p. 176.

²¹⁹ Para Carlos Roberto Husek, este princípio “está voltado para a proteção do indivíduo na ordem jurídica interna, apoiando os sistemas internacionais de proteção e propugnando de forma ativa pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)” (Curso de direito internacional público, 2ª ed., São Paulo: Editora LTr, 1998, p. 91).

²²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos**, p. 43.

Direitos Civis e Políticos dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”, dispositivo este reiterado no art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos, como visto, ratificados pelo Brasil em 1992 sem reservas.

Assim, embora prevista constitucionalmente a prisão civil do infiel depositário, tenho que o Pacto de São José da Costa Rica derroga todas as previsões de caráter geral sobre prisão civil, sendo ilegal a prisão contra o devedor fiduciante²²¹. Não há, pois, que se falar em prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Com efeito, face a hierarquia de norma constitucional, e até mesmo prevalência dos tratados de proteção dos direitos humanos sobre o direito interno, tendo em vista seu caráter supra-legal, resta vedada a sua revogação por lei posterior ou especial.

Destarte, o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) disciplina que: “Uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado”.

Ora, o Estado que viesse a derrogar ou revogar tratado internacional via lei ordinária não ofereceria qualquer segurança jurídica no cumprimento de seus compromissos internacionais. É inadmissível que o Brasil ratifique tratados de direitos humanos e se recuse a aceitar o aparato normativo internacional de garantia, implementação e fiscalização desses direitos²²².

²²¹ Esta é a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “O art. 5º, § 2º, da CF, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o país seja parte. “Por sua vez, no Pacto de San Jose da Costa Rica, dispôs-se: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.’ (Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), art. 7º, item 7). “Illação inafastável a de que deixa de ser possível a prisão do depositário infiel.” Em trabalho publicado na Revista dos Tribunais sob o título de ‘Prisão Civil do Depositário Infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica’, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe sustentam que embora ‘constitucional a permissão de prisão civil do infiel depositário’, está em plena vigência, como norma de caráter geral, o Pacto de São José da Costa Rica, derogatório de todas as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, principalmente o art. 1.287 do Código Civil e os artigos 885, parágrafo único; 902, §1º e 904, parágrafo único, todos os CPC” (HC nº 99.017387-9, de Fraiburgo, Des. João José Schaefer)” (HC n. 00.019088-8, de Urussanga, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu)

²²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 76.

Mazzuoli²²³ acrescenta:

Ademais, os tratados têm sua forma própria de revogação, qual seja, a *denúncia*, só podendo ser alterados por outras normas de categoria igual ou superior, internacionais ou supra-nacionais, jamais pela inferior, interna ou nacional. Para o direito internacional, os compromissos exteriores assumidos pelo Estado são superiores àquelas obrigações assumidas pelo mesmo internamente, não sendo possível a alegação de que o eventual não-cumprimento dos tratados se daria em virtude de decisões judiciais sustentando a inconstitucionalidade dos mesmos.

Para efeito do presente trabalho, vale transcrever as disposições correspondentes à legalidade das detenções descritas no art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem assim o art. 8º, que enumera as garantias processuais penais, onde se agregam os princípios garantistas sintetizados por Ferrajoli no axioma *nulla culpa sine iudicio*²²⁴.

Artigo 7º. Direito à liberdade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um tribunal competente, a fim de que este decida, se demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos estados-Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

²²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**, Juarez de Oliveira, 2002, p. 304.

²²⁴ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 2000, p. 103.

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.

No que se refere às garantias processuais:

Artigo 8º Garantias judiciais.

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2.Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

São estas garantias mínimas do devido processo penal, que serão analisadas a seguir.

3.3. A POSSIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO BRASILEIRO PELA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A prisão cautelar, seja qual for a espécie²²⁵, confronta, em tese, com o princípio da Presunção de Inocência²²⁶ e com o da Liberdade, Direito Fundamental do Indivíduo²²⁷, princípios estes consagrados e pilares de todo Estado Democrático de Direito²²⁸, que é o que vivemos.

A Liberdade, aliás, para Siches²²⁹, “[...] é o mais precioso bem de todos aqueles inerentes à vida, é fundamental para que o ser humano seja capaz de se desenvolver, de realizar-se pessoalmente, como uma criatura filha de Deus com a perspectiva de auto salvação”.

Deve a prisão cautelar, pois, ser considerada medida de exceção, de providência facultativa, e decretada somente quando comprovada necessidade²³⁰ para o desenvolvimento normal e eficaz do processo. Destarte, deverá estar fundada na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, para garantia da aplicação da lei penal, referentes à prisão preventiva como base da determinação de encarceramento ocorrido por força de sentença criminal condenatória sem o trânsito em julgado ou decisão de pronúncia, além da imprescindibilidade das investigações policiais ou em razão da falta de residência fixa ou dificuldades em se obter a

²²⁵ Prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de sentença criminal condenatória sem trânsito em julgado e decisão de pronúncia, conforme exposto no capítulo 2.

²²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LVII.

²²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, *caput*.

²²⁸ Claus Roxin afirma que “o hodierno Estado democrático de direito, enquanto laico e fundado na soberania popular, não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas deve limitar-se a assegurar as condições de uma convivência pacífica (...); o direito penal, ao fornecer seu contributo em tal direção, deve antes de tudo garantir os bens jurídicos fundamentais que estão sob os olhos de todos, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, etc” (*apud* FIANDACA, Giovanni. *Il 'bene giuridico' come problema teórico e come critério di política criminale*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1982, p. 46).

²²⁹ SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México: Editora Porrúa, 1959, p. 560/561.

²³⁰ O Superior Tribunal de Justiça fixou: “A prisão preventiva porque, cautelarmente, restringe o exercício do direito de liberdade, tem, como pressuposto, a - necessidade - da constrição. Caso contrário, substancialmente, representaria antecipação de eventual condenação criminal. A regra é absoluta. Impõe-se ainda que se trate de - crime hediondo” (RHC n. 8059/SC, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01.03.99, p. 382).

identificação, que ensejam a prisão temporária²³¹, não se podendo olvidar a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

Marques²³² prescreve:

Não há proibição de prisões cautelares. [...] Mas, proscria está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após a sentença condenatória recorrível. O juiz que condenou o réu em primeira instância poderá mantê-lo preso ou ordenar sua prisão, desde que motive adequadamente a decretação do *carcer ad custodiam*. A condenação pode determinar a existência do *fumus boni juris*, mas não é suficiente para dar origem ao *periculum in mora*. E só aglutinando-se esses dois pressupostos da medida coercitiva e cautelar que ela pode ser imposta.

No dizer de Gomes Filho²³³, “[...] não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada”.

Com efeito, o princípio do estado de inocência não impede que seja decretada a prisão cautelar²³⁴, desde que demonstrada a sua necessidade²³⁵, mediante decisão fundamentada²³⁶ proferida por autoridade judiciária competente,

²³¹ Criada pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

²³² MARQUES, Frederico. **O processo penal na atualidade. Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 19.

²³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 86.

²³⁴ A propósito o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula n. 9, que dispõe que “a existência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

²³⁵ Recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “I. Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, ou no acórdão que a confirmou, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. II. A gravidade do delito pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes. III. O simples fato de se tratarem de réus foragidos pode obstar a pretendida revogação da prisão processual. Precedente. IV. É imprópria a alegação de desnecessidade da custódia, em virtude de os pacientes terem se apresentado espontaneamente perante a Autoridade Policial, se o encarceramento encontra respaldo em outros elementos constantes dos autos. V. A prisão preventiva pode ser decretada sempre que necessário, e mesmo por cautela, não caracterizando afronta ao princípio constitucional da inocência, se devidamente motivado, hipótese evidenciada *in casu*. VI. Eventuais condições pessoais favoráveis dos réus não constituem direito subjetivo à revogação da prisão, desde que amparada em outros aspectos justificadores” (HC n. 32024, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 17.05.2004, p. 255).

²³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LXI e art. 93, IX.

sob pena de nulidade, decisão esta que deve explicitar e individualizar as razões²³⁷ que a motivou²³⁸.

Enquanto providência excepcional e de caráter instrumental, a prisão em flagrante e a prisão preventiva se acomodam ao princípio constitucional da presunção de inocência²³⁹, mas sempre, repita-se, observada a fundamentação explícita de sua necessidade, sendo que o juiz funciona como verdadeiro garante da efetiva existência de seus postulados, como assevera Ferrajoli.

A regra para o acusado solto é responder o processo em liberdade, sendo preso somente quando comprovada necessidade da custódia provisória, devidamente fundamentada. Já para o réu preso em flagrante, a regra é ser posto em liberdade, ficando evidentemente vinculado ao processo, sendo que o descumprimento dos ônus impostos importará no retorno da situação anterior.

O princípio da presunção de inocência é assegurado pelo art. 5º, LVII, da Carta Magna, e reiterado em diversos diplomas jurídicos internacionais.

O art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reafirmam o princípio segundo o qual enquanto não comprovada legalmente a culpa do acusado ele é presumido inocente.

Trata-se de presunção *iuris tantum*, e por isto admite prova em contrário²⁴⁰, possibilitando o decreto da prisão provisória, sendo que para afastar

²³⁷ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou: Para a decretação da prisão preventiva, além de estar comprovada a existência de crime e indícios da autoria, é indispensável a presença de algum dos fundamentos descritos no artigo 312, do CPP, impondo-se a demonstração da existência de fato concreto, perfeitamente identificado no decisório, que leve à possibilidade de que, solto o agente, em perigo estará um dos pressupostos que a medida visa a preservar” (HC n. 02.012462-7 de Orleans, Rel. Des. Souza Varella, DJE de 03.10.02).

²³⁸ O Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a parte tem o direito de conhecer as razões do raciocínio do Juiz” (REsp. n. 161309/PB, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 07.12.98, p. 114).

²³⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 331.

²⁴⁰ Não se podendo esquecer que vale o princípio do *in dubio pro reo*.

esta presunção de inocência exigem-se determinados requisitos, que são apontados por Piovesan e Gomes²⁴¹: “a) uma mínima atividade probatória; b) que deve ser produzida com as garantias processuais; c) que a prova seja incriminadora (prova de ‘carga’); d) que da prova se deduza a culpabilidade do acusado; e) que a prova seja produzida em juízo (imediatez e oralidade)”.

Logo, a presunção de inocência subsiste até o momento da condenação definitiva, e para afastar tal presunção é imprescindível que a prova, cujo ônus é da acusação²⁴², seja produzida de acordo com as garantias processuais, nos termos do art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esta presunção cede somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, proferida de acordo com provas lícitas e incontestas, e de acordo com o devido processo legal. Em outras palavras, enquanto inexistir condenação definitiva, a culpa do réu não pode ser presumida, pelo que a custódia provisória só se justifica em hipóteses extremas, expressamente previstas em lei.

Bem por isto Fernandes²⁴³ conclui:

Assim, se antes a regra devia ser a permanência do acusado em custódia provisória, hoje, em razão da presunção inicial de inocência, a regra deve ser a sua liberdade, que será cerceada em maior ou menor grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador, e em hipóteses taxativamente previstas.

Desta forma, deve ser procedida uma releitura dos artigos 408, § 1º, 585 e 594 do Código de Processo Penal que, interpretados de acordo com o princípio da presunção de inocência, levam à conclusão de que a prisão cautelar pode ser perfeitamente decretada, desde que o juiz fundamente de forma específica sua necessidade, além da presença dos pressupostos legais.

Gomes²⁴⁴ assevera a propósito:

²⁴¹ PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. RT, 2000, p. 226

²⁴² Não prevalece mais a idéia de que o suspeito é que deveria provar sua inocência, ficando o processo suspenso enquanto não a demonstrasse (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10).

²⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p.324.

A exigência de fundamentação específica, vale realçar, ajusta-se integralmente aos novos textos constitucionais. Não foi por acaso que a Constituição previu em dois dispositivos distintos a necessidade da fundamentação dos atos judiciais em geral e, da prisão, em particular. Os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos e todas as suas decisões devem ser ‘fundamentadas’ (CF, art. 93, IX). Essa exigência de fundamentação ‘genérica’ vale para todas as decisões judiciais. No que concerne à prisão, entendeu por bem o legislador exigir fundamentação específica (art. 5º, inc. LXI), porque peculiares são seus motivos. Na fundamentação genérica da sentença o juiz, quando acolhe a pretensão punitiva estatal deduzida em juízo, procura demonstrar o ‘*fumus boni iuris*’ (existência do crime e prova da autoria). Isso, no entanto, não basta para privar o condenado da sua liberdade, antes do trânsito em julgado final, mesmo que se trate de crime grave. Para que isso aconteça é preciso fundamentação *específica* demonstrativa do ‘*periculum libertatis*’ (necessidade imperiosa da prisão cautelar). Como se percebe, dupla é a exigência constitucional de fundamentação, quando se trata da decretação da prisão *ante tempus*. E justifica-se perfeitamente essa duplicidade de fundamentação, porque uma coisa é reconhecer a pretensão punitiva estatal, outra bem distinta é determinar a prisão do condenado desde logo, antes do trânsito em julgado. Considerando a presunção de sua inocência, somente motivos sérios, devidamente demonstrados, com base nas provas já colhidas, autorizam a restrição da liberdade. Quando não existem tais motivos, dentro do devido processo legal, ou quando não foram devidamente comprovados, deve prevalecer o *status libertatis*. Sem que seja extremamente necessário o *carcer ad custodiam* não se pode restringir a liberdade humana antes da formação do título executivo irrecorrível.

As formas de prisão cautelar obrigatória ou automática, sem justificativa da necessidade²⁴⁵, previstas na legislação infraconstitucional²⁴⁶, restam afastadas, por conflitarem com as normas constitucionais e relativas a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos então enfocados.

Esta é a lição de Steiner²⁴⁷:

Concluindo, percebe o intérprete sereno que ‘o princípio da presunção da inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental. A verificação dessas duas

²⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2. ed. São Paulo: RT 1996, p. 49.

²⁴⁵ Para Sylvia Steiner “os meios de coerção pessoal jamais poderiam ter por origem ato legislativo que dispense a análise pelo judiciário dos requisitos da ‘necessidade’ da prisão” (STEINER, Sylvia. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 2000, p. 120).

²⁴⁶ Artigos 408, § 1º, 585 e 594 do CPP

²⁴⁷ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 2000, p. 119.

características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória), uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação real, efetiva, concreta do *periculum libertatis*, nem pode ser desvirtuado o seu feitiço instrumental que tem alicerces numa palavra chave: a necessidade’.

Ora, a prisão do réu condenado, ainda que pendente de recurso a sentença condenatória (art. 594 do CPP), não afronta ao princípio de presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da CF, e arts. 8.2 e 14.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, respectivamente, desde que comprovada à efetiva necessidade de sua aplicação ao caso concreto, e à luz dos requisitos legais²⁴⁸.

Por outro lado, a regra do art. 594 do CPP – direito a recorrer em liberdade – configura direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos legais, e não mera faculdade do juiz, que deve pronunciar-se obrigatoriamente sobre as circunstâncias de primariedade e antecedentes.

Este é o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

I- PACIENTE, TECNICAMENTE PRIMARIO E CONSIDERADO PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES (CONDENADO, RECONHECEU-SE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA), AJUIZOU ORIGINARIAMENTE NO STJ HABEAS-CORPUS, ALEGANDO QUE A SENTENÇA NÃO FUNDAMENTOU A NECESSIDADE DE SUA PRISÃO ANTES DO TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. POR OUTRO LADO, TEM EMPREGO CERTO E RESIDENCIA FIXA.
II- NÃO SE PODE "INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO CONFORME A LEI ORDINARIA" (GESETZESKONFORMEN VERFASSUNGSINTERPRETATION). O CONTRARIO E QUE SE FAZ. O ART. 594 DO CPP TEM DE SER REPENSADO DIANTE DOS NOVOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NOSSA CONSTITUIÇÃO, POR INSPIRAÇÃO CONSTITUCIONAL LUSA (ART. 32: 2), CONSAGROU O "PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCENCIA" E, POR INFLUENCIA NORTE-AMERICANA (EMENDAS V E XIV), O "PRINCIPIO DO DEVIDO PROCESSO

²⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal decidiu: “O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede – em tema que proteção ao *status libertatis* do réu (artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esses atos de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedentes: HC 72.366-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade” (JSTF 224/311).

LEGAL". AMBOS OS PRINCÍPIOS SE CONEXIONAM COM O "PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA" (ART. 5., LXVI). ASSIM, TODO INDICIADO, ACUSADO OU CONDENADO, SE PRESUME INOCENTE ATÉ QUE SEJA IRRECORRIVELMENTE APENADO. DESSE MODO, CABE AO JUIZ, EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA, FUNDAMENTAR (CF, ART. 93, IX) A RAZÃO DE TER-SE DE RECOLHER PRESO PARA PODER APELAR. A REGRA GERAL É "RECORRER EM LIBERDADE" (CF, ART. 5., INCISO LXVI); A EXCEPCIONAL, "RECORRER PRESO". POR OUTRO LADO, TRATA-SE DE CONDENADO A PENA DE UM ANO DE RECLUSÃO. O CP, COM A REFORMA DE 1984, A PAR DE NOSSA LIBERDADE CARCERÁRIA, PROCURA EVITAR QUE CONDENADO COM PENA PEQUENA SE MISTURE COM OUTROS PRESOS²⁴⁹.

Assim, o art. 594 do CPP deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, o que significa que a regra é recorrer em liberdade, e a excepcional recorrer preso.

Ainda que se trate de crime hediondo, deverá o juiz fundamentar a decisão que nega o direito ao apelo em liberdade, não sendo suficiente para tanto a gravidade do delito²⁵⁰, muito menos a mera reincidência ou maus antecedentes do acusado²⁵¹.

Ora, a prisão provisória não pode ser utilizada como instrumento de política criminal, não se podendo admitir o desprezo do princípio da presunção de inocência, a fim de dar "satisfação" à sociedade, para que tenha esta a sensação da não impunidade.

Reale Júnior²⁵² destaca que a repressão aos estados de ânimo tende a punir a pessoa,

[...] mesmo sem a prática de atos preparatórios pela simples razão de se detectar a probabilidade de vir no futuro a cometer crimes. A periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como se deu com o nazismo e o comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição de agir em ofensa ao 'são

²⁴⁹ HC n. 2295/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 27.06.94, p. 17.003.

²⁵⁰ HC 7766/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 30.11.98, p. 180.

²⁵¹ Salo de Carvalho faz análise crítica da reincidência e dos maus antecedentes, observando: "Sob o plano criminológico, o principal efeito da reincidência e dos antecedentes é o reforço das percepções sobre as qualidades do 'ser' da pessoa, dado sua extrema carga estigmatizante. O reforço dos papéis e dos estigmas (perverso, inadequado, perigoso, hediondo) acaba por gerar expectativas do público consumidor do sistema penal, em nítidas projeções sobre as ações futuras do 'reincidente'. Criam-se novos *status* nas relações em sociedade que negam a finalidade oficial da pena – ressocialização" (CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**: uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 148/149).

²⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol.1, p. 278.

sentimento do povo alemão' ou aos 'interesses da coletividade socialista'.

Igualmente deve ser procedida uma releitura do art. 595 do CPP, que prevê que “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”. É que este dispositivo é inconstitucional na medida em que o art. 8º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante aos condenados “o direito de recorrer da sentença”, devendo ser assegurado o direito ao duplo grau de jurisdição, apesar de não estar expresso na Carta Política²⁵³.

Há, pois, que se garantir o irrestrito direito de recurso a juiz ou tribunal superior²⁵⁴, garantia mínima prevista no Pacto de São José da Costa Rica, assim como toda pessoa tem direito de ser julgada sem demora excessiva²⁵⁵.

Estabelece o art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Tendo em conta que toda pessoa detida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, a jurisprudência consolidou o entendimento de que o julgamento do réu preso deve ocorrer no prazo de 81 dias²⁵⁶. Na hipótese de excesso injustificado a imediata soltura do indiciado é medida que se impõe²⁵⁷.

²⁵³ Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A regra do art. 595, do Código de Processo Penal, que previa a deserção do recurso da defesa na ocorrência de fuga do réu, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, que entronizou no capítulo das franquias democráticas os princípios da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV)” (HC n. 9548/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 27.09.99, p. 123).

²⁵⁴ Evidentemente deve ser observada a garantia da proibição da reformatio in peius, não podendo o Tribunal majorar a pena ou piorar a situação do acusado em caso de recurso exclusivo da defesa.

²⁵⁵ Rui Barbosa afirmou que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [s.d.], p. 100).

²⁵⁶ No caso do crime de tráfico de entorpecentes o prazo para término da instrução é de cento e trinta e seis dias (TJSP, RJTJSP, 137/352).

²⁵⁷ Este critério não é absoluto, devendo ser adequado de acordo com a teoria da razoabilidade, porquanto há casos em que o excesso é justificado e inclusive atribuído à defesa. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina fixou: “Sendo justificada a demora na formação da culpa e

Além disto, é assegurado ao acusado o princípio do juiz natural, pelo que ninguém pode ser subtraído da jurisdição do juiz constitucionalmente previsto para o julgamento, sendo vedado juízo ou tribunal de exceção (art. 8.1 da Convenção Americana).

Os dispositivos processuais citados acima devem ser interpretados de acordo com a Constituição Federal, bem assim conforme os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além do princípio da proporcionalidade, que deve comandar a relação entre o bem tutelado e o bem jurídico atingido pela pena, ou seja, a liberdade individual, no que se refere à probabilidade de lesão do bem jurídico²⁵⁸.

A garantia de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente é assegurada não só pela Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXI, como também pelo art. 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. A exigência de fundamentação das decisões judiciais evita eventuais abusos cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário, e impõe o reconhecimento de sua nulidade caso ocorra. A Convenção Americana garante, ainda, o direito do acusado de ser processado e sentenciado por juiz competente, independente²⁵⁹ e imparcial²⁶⁰, estabelecido anteriormente à prática do delito (art. 8.1).

Deve ser assegurado, ainda, o direito da igualdade processual, estabelecendo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que “todos são iguais perante os tribunais de justiça (art. 14.1), disposição esta reafirmada no art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, ao réu pobre deve ser garantida a assistência jurídica gratuita; intimação pessoal e com prazo em dobro do defensor público etc.

estando o processo com a instrução por se encerrar, não há como conceder habeas corpus por excesso de prazo” (HC n. 98.003969-0, de Araranguá, Rel. Des. Amaral e Silva, DJE de 08.06.98).

²⁵⁸ Sobre o princípio da proporcionalidade: BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed., Brasília Jurídica, 2000. 224p.

²⁵⁹ Para Lenio Luiz Streck a súmula vinculante é uma violência contra a independência do juiz (STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 239. et seq).

²⁶⁰ Apesar do art. 156 do CPP indicar a possibilidade do juiz determinar de ofício diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, este dispositivo não autoriza a produção de prova *ex officio*, sob pena de perda da imparcialidade, pois a função de acusar, nas ações penais públicas, é do Ministério Público (art. 129, I, da CF), enquanto que a de defender compete ao defensor (artigos 261 e 263 do CPP). A aplicação do princípio *ne procedat iudex ex officio* é de rigor.

Neste ponto cumpre destacar a importância do contraditório e da ampla defesa²⁶¹, o que deve ser assegurado pelo juiz, na forma do art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica.

No que se refere ao exercício da ampla defesa, disciplina o art. 8.2.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser comunicada prévia e pormenorizadamente da acusação formulada.

A ampla defesa pode consistir, entre outras garantias, o direito de presença nos atos processuais²⁶², o direito de comunicação livre e reservada do acusado com seu defensor²⁶³; à defesa técnica, vale dizer, através de advogado habilitado²⁶⁴; e o direito da não auto incriminação, podendo o acusado permanecer calado²⁶⁵.

²⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 5º, inciso LV.

²⁶² “Toda pessoa acusada terá direito [...] a estar presente no julgamento (art. 14.3.d do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos).

²⁶³ Art. 8.2.d da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

²⁶⁴ Art. 8.2.d da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O art. 8.b.c igualmente garante a comunicação prévia e detalhada ao acusado do teor da acusação formulada e a concessão de tempo e meios adequados para preparação da defesa, o que leva à conclusão que o art. 360 do CPP deve ser interpretado no sentido de que a citação é imprescindível, não bastando a requisição do réu preso.

²⁶⁵ O art. 8.2.g da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que toda pessoa acusada tem “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, garantindo, pois, o direito ao silêncio que, se exercido, não pode gerar ao acusado qualquer presunção em seu desfavor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão cautelar, por privar a liberdade de locomoção do indivíduo antes da edição de uma sentença condenatória transitada em julgado, é medida de exceção, podendo ser decretada somente quando presentes os requisitos legais e justificada necessidade.

A pesquisa cujo relato ora se encerra teve como objetivo realizar uma análise e releitura dos pressupostos para a prisão cautelar, tendo em conta as garantias mínimas do devido processo legal, da presunção de inocência, e demais normas asseguradas nos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

A preocupação em (re) pensar a postura do Poder Judiciário quando da análise dos casos penais postos em julgamento orientou esta Pesquisa, chegando-se à conclusão de que deve o juiz adotar um papel garantista, em defesa intransigente dos Direitos Fundamentais.

Os diagnósticos e indicações detectados ao longo do presente Relato são a seguir sintetizados como contribuição inicial à continuidade do estudo que aqui apenas se introduziu.

Concluiu-se, com a Pesquisa que:

1) a prisão cautelar é medida de exceção, podendo ser decretada desde que demonstrada a sua necessidade para o desenvolvimento normal e eficaz do processo, devendo o juiz apontar, fática, jurídica e fundamentadamente, os seus requisitos: a) prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*); b) garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*);

2) o magistrado deve assumir uma posição de garante da Constituição, renunciando à condição de boca da lei para assumir uma postura democrática de efetivo defensor do conteúdo constitucional, procedendo ao controle difuso da constitucionalidade das normas jurídicas;

3) o juiz deve reinterpretar as normas do Código de Processo Penal, de acordo com os direitos fundamentais, porquanto no caso das prisões cautelares o que importa é o status de liberdade cada vez mais consolidado;

4) o Tratado é o contrato firmado entre pessoas de Direito Público Internacional, em decorrência do qual as partes estabelecem obrigações recíprocas;

5) os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm status de norma constitucional, aplicabilidade imediata na ordem jurídica brasileira a partir da ratificação, independentemente da edição de decreto de execução, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal;

6) os Tratados convencionais e os Tratados de Proteção dos Direitos Humanos têm tratamento jurídico diverso, sendo que os primeiros objetivam o equilíbrio e reciprocidade de relações entre Estados, enquanto que os segundos pretendem a salvaguarda dos direitos do ser humano;

7) os Tratados Internacionais convencionais têm força hierárquica infraconstitucional, enquanto que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o Brasil é parte têm aplicabilidade imediata no direito interno brasileiro, com hierarquia de norma constitucional;

8) o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico da legislação ordinária, entendimento este que vai de encontro ao princípio de prevalência dos direitos humanos e à própria Constituição Federal;

9) a norma internacional de Direitos Humanos, tendo status constitucional, não pode ser revogada por lei ordinária, não sendo aplicável a teoria da paridade;

10) se a norma internacional de direitos humanos repete ou explicita direitos e garantias assegurados na Constituição Federal, estará ela amparada pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, não podendo ser objeto de proposta legislativa com objetivo de aboli-la;

11) os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo hierarquia constitucional no ordenamento interno brasileiro, podem repetir norma já expressa na Constituição, podem dispor sobre direito não consagrado expressamente na Carta Política, podem suprir lacunas existentes tanto na CF como em leis infraconstitucionais, bem como poderão colidir com direito assegurado constitucionalmente;

12) na hipótese de conflito de normas, entre a Constituição Federal de 1988 e o Tratado Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, a solução a ser adotada é de acordo com a norma mais favorável à vítima;

13) a prisão cautelar seja qual for a espécie, confronta, em tese, com o princípio da Presunção de Inocência e com o da Liberdade, Direito Fundamental do Indivíduo, princípios estes consagrados e pilares de todo Estado Democrático de Direito;

14) o princípio da presunção de inocência é assegurado pelo art. 5º, LVII, da Carta Magna, e reiterado no art. 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, art. 82. Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e art. 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos;

15) a prisão cautelar, enquanto providência excepcional e de caráter instrumental, se acomoda ao princípio da presunção de inocência, sempre que observada a sua necessidade, mediante fundamentação explícita, proferida por autoridade judiciária competente;

16) a presunção a presunção de inocência subsiste até o momento da condenação definitiva, e para afastar tal presunção é imprescindível que a prova, cujo ônus é da acusação, seja produzida de acordo com as garantias processuais, nos termos do art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos;

17) as formas de prisão cautelar obrigatória ou automática, sem justificativa da necessidade, previstas na legislação infraconstitucional, restam

afastadas, por conflitarem com as normas constitucionais e relativas a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos então enfocados;

18) o art. 594 do CPP deve ser interpretado de acordo com as normas constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos, o que significa que a regra é recorrer em liberdade, e a excepcional recorrer preso;

19) há que se garantir o irrestrito direito de recurso a juiz ou tribunal superior, garantia mínima prevista no Pacto de São José da Costa Rica, assim como toda pessoa tem direito de ser julgada sem demora excessiva;

20) impõe-se uma releitura do ordenamento infraconstitucional, ou seja, aferir os pressupostos da prisão cautelar tendo em conta os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, obtendo-se a cada julgamento de validade garantista a manutenção da norma ou mesmo de parcela de sua validade;

Diante desse quadro, está o Estado, por intermédio do Juiz, autorizado a decretar a prisão cautelar, desde que demonstrada a efetiva necessidade e presentes os pressupostos legais, observadas as garantias asseguradas nos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, Luís I. de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **A publicidade dos tratados internacionais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980.

BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **O Novo Direito Internacional Público e suas Conseqüências**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2. ed. [s.l.]: Freitas Bastos Editora, 1999. 254p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 218 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 139p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 396p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002. 208p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição 1988**: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n^{os} 1/92 a 30/2000. Brasília: Senado Federal. 2000. 516p.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de Filosofia**. 3. ed. São Paulo: EPU, p. 332.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris: 1997, vol. I.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2. ed., San José: Costa Rica, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504p.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**: uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente et al. **Direito penal na constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 286p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. [s.l.]: Edipro, 1999. 208p.

COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**. Curitiba: Juruá, 2001. 233p.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000. 213p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 282 p.

CUNHA. J. S. Fagundes Cunha et al. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997. 248p.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DALLARI, Pedro B. A. Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição interna. **Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, p. 31-32, 1997.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

DOTTI, René Ariel. Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira. 2. ed. Curitiba: JM Editora, 1999. 127p.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 337p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal**: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, p. 72.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 140p.

FRANCO, Alberto da Silva et al. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 3488p.

FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de Apelar em Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 256p.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 199p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. 97p.

GRANDINETTI, Luiz Gustavo. **O Processo Penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 146p.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antônio Scarance, e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães e SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Recursos no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. 34p.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 2. ed., São Paulo: Editora LTr, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 946p.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998. 494 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2.000. v. 4.

MARQUES, José Frederico. **O processo penal na atualidade**: Processo penal e Constituição Federal. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas alternativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 241p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. 426p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & relações internacionais**. Campinas: Agá Júris, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 422p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Hermenêutica Jurídica**: uma reflexão sobre novos posicionamentos. Itajaí: Editora Univali, 2001. 213p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor / CPGD – UFSC, 1994. 136p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000. 104p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 1594p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 320p.

MORENILLA, Rodríguez. J. M. **Los sistemas para la proteccion internacional de los derechos humanos**. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição OAB Editora, 2003. 243p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 103p.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. n. 74.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (orgs). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos: Análise do Sistema Americano de Proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. 247p.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol.1.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira Rocha. **Fiança Criminal e Liberdade Provisória**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 288p.

ROSA, Alesandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. São Paulo: Habitus Editora, 2002. 165p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157p.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México: Editora Porrúa, 1959.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 768p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. v. 4. Baurú: Jalovi, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

VARGAS, Jose Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

WARAT, Luiz Alberto, com a colaboração de ROCHA Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 120p.

WEISS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.