

GUSTAVO ROBERTO COSTA
VINÍCIUS ELEODORO SILVA MOURA

**A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

LORENA

2018

A PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

RESUMO

O devido processo legal e a presunção de inocência são princípios consagrados internacionalmente. A prisão de qualquer pessoa, segundo as principais declarações e tratados internacionais, não se pode dar de forma arbitrária e deve ser precedida de um processo justo, garantindo-se a ampla defesa. O Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 312, prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”. Tal modalidade de prisão, imposta antes da sentença penal condenatória, não representa a aplicação de pena, visto que ainda não há que se falar em culpa formada. De acordo com a doutrina processual penal, a custódia cautelar, por representar exceção ao princípio da presunção de inocência, somente pode ser utilizada para garantir o funcionamento e/ou o resultado final do processo. Com base na análise normativa e bibliográfica, bem como em decisões jurisprudenciais, tanto do Supremo Tribunal Federal como da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pretende-se analisar o tratamento atualmente conferido à prisão provisória para a garantia da ordem pública, e se está ela de acordo com a Constituição Federal e com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras chave: Prisão preventiva. Ordem pública. Direitos humanos.

**THE PREVENTIVE PRISON FOR THE GUARANTEE OF THE PUBLIC ORDER
AND THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS**

ABSTRACT

Due process of law and presumption of innocence are internationally recognized principles. The arrest of any person can not be arbitrary and must be preceded by a fair trial, guaranteeing the ample defense. The Brazilian Code of Criminal Procedure, in its article 312, predicts the possibility of a preventive detention order for the "guarantee of public order". Such a form of imprisonment, imposed before the convicting criminal sentence, does not represent the application of punishment, since there is still no need to speak of formed guiltiness. According to the criminal procedural doctrine, the cautionary custody, since it represents an exception to the principle of presumption of innocence, may only be used to guarantee the operation and / or the final result of the process. Based on normative and bibliographic analysis, as well as on jurisprudential decisions of both the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, it is intended to analyze the treatment currently conferred on the provisional arrest for the guarantee of public order, and whether it is in accordance with the Constitution and the Inter-American Convention on Human Rights.

Key words: Preventive detention. Public order. Human rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	4
2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E SEU MOMENTO HISTÓRICO	5
3 A NATUREZA JURÍDICA E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA ...	7
4 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: A (DES)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL	9
5 A PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA CONFORMIDADE COM O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA	12
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	18
7 REFERÊNCIAS	20

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o Direito Internacional, a prisão de alguém, antes de uma sentença condenatória definitiva, não pode ser considerada uma punição. Não há, nesse momento, que se falar em aplicação de pena. Extrai-se do art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹ que ninguém pode ser arbitrariamente preso e, do seu artigo 11, inciso I, que a pessoa acusada de um delito tem direito à presunção de inocência “enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público”, e em que se lhe sejam asseguradas as garantias necessárias à sua defesa².

Tanto a DUDH como a Constituição Federal (CF) brasileira³ – assim como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos⁴ e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁵ – preveem expressamente que é direito de toda pessoa ser tratada como inocente até que uma decisão judicial, que obedeça aos parâmetros do devido processo legal, seja proferida.

Na seara penal, as duas modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro – prisão pena e prisão provisória – possuem características distintas. A primeira deve ser efetivada após a prolação de uma sentença condenatória irrecorrível, de acordo com o art. 5º, LVII, da CF. Após a instrução processual e a formação da convicção do julgador, a prisão é imposta para a responsabilização criminal do sentenciado.

Já a segunda não possui a mesma qualidade. Quando de sua decretação, não há certeza quanto ao cometimento do crime pelo acusado. Sua utilização se dá no decorrer da persecução penal, desde que observados seus fundamentos e hipóteses de admissibilidade. Representa, por isso, uma exceção ao princípio da presunção de inocência, de modo que exige a máxima cautela por parte do juiz. Exige também a demonstração clara de seus motivos ensejadores.

¹ Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em 22-nov-2017.

² A disposição da Declaração é parecida com o constante do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-08-1789: “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi.”

³ Art. 5º, LVII.

⁴ Artigo 9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 28-ago-2018.

⁵ Art. 8. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 7-3-18.

Entre as hipóteses que admitem a prisão preventiva está a necessidade da garantia da ordem pública. O conceito é fluido, vez que permite uma série de interpretações, nem sempre similares entre si. A doutrina processual inclina-se no sentido de que a prisão preventiva deva ter caráter instrumental, isto é, que mantenha uma relação acessória com o processo.

Em outras palavras, a razão de ser da custódia preventiva – que não passa de uma medida cautelar – é garantir o correto funcionamento do processo penal; evitar influências negativas do acusado na prática de atos processuais ou na coleta de provas ou assegurar a eficácia do provimento final, quando o réu dá mostras de que pretende se furtar da aplicação da lei. Segundo parte dos estudiosos do tema, a motivação de uma prisão preventiva que fuja dessas hipóteses não terá caráter cautelar, e será arbitrária.

Não é clara a necessária relação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública com o correto funcionamento do processo. Ao menos em princípio, não há uma ligação visível entre a ordem pública e o processo penal. Torna-se necessário, assim, avaliar o que vem a ser a garantia da ordem pública para justificar o decreto de prisão preventiva.

O presente trabalho tem a pretensão de abordar, com base em análise normativa, bibliográfica e jurisprudencial, o contexto histórico que motivou a inclusão da garantia da ordem pública como um dos fundamentos da prisão preventiva no ordenamento jurídico nacional. Pretende, além disso, compreender qual o sentido conferido pela doutrina e pela jurisprudência à expressão, e qual a consequência de seu uso para a realidade brasileira. Busca, da mesma forma, analisar a conformidade dessa modalidade de prisão com os padrões internacionais de direitos humanos, de acordo com decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E SEU MOMENTO HISTÓRICO

O Direito Processual Penal, ramo do direito público, tem como uma de suas funções principais a contenção do poder punitivo estatal. Funciona como a ferramenta que assegura a observância dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal. Como instrumentaliza o direito penal, visa atribuir-lhe efetividade. Dentro, porém, de pautas éticas balizadas pelos direitos fundamentais (PRADO, 2005, p. 63).

É essencial, nessa seara, que sejam observadas e respeitadas as regras processuais, a fim de se conferir legitimidade às decisões judiciais que reconheçam responsabilidades e imponham penas criminais. O processo penal, portanto, “está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional” (LOPES JR., 2016, p. 70).

Não há dúvida de que o direito penal, ao lidar diretamente com o *jus libertatis*, é o ramo da ciência jurídica que mais gravemente pode intervir na esfera do indivíduo. Mas para que se torne efetivo, necessita do processo (*nulla poena sine iudicio*), que, desta forma, deve estar em perfeita consonância com o regime – próprio da democracia – de proteção individual. Só assim o Estado estará legitimado a aplicar e executar as penas impostas pelo Poder Judiciário.

Em processos judiciais, para que as decisões emanadas de tribunais e juízes tenham legitimidade, é necessário que todas as etapas processuais, previstas em lei, sejam rigorosamente seguidas. O princípio significa também que “alguém só pode ser julgado e condenado por juiz competente previamente estabelecido na ordem judiciária e por crime que previamente também seja definido como tal em lei” (SILVA, 1994, p. 385). A Constituição Federal de 1988 foi pródiga em prever uma série de direitos e garantias processuais, incorporando-os ao princípio do devido processo legal⁶.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) foi promulgado em plena ditadura do Estado Novo, e expressamente inspirado no Código Rocco italiano (de ideologia fascista). Naquele momento histórico, os direitos e garantias fundamentais não eram uma preocupação, e o sistema de justiça penal funcionava muito mais para a repressão estatal contra o cidadão do que como um instrumento de garantias.

A leitura da exposição de motivos do Código deixa isso muito claro. Escreveu Francisco Campos ao presidente Getúlio Vargas que impunha “seu ajustamento [do Código] ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Asseverou também que urgia que fosse “abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”, e que não se poderia mais “continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”. Segundo o Ministro da Justiça da época, as nulidades processuais deveriam ser “reduzidas ao mínimo”, deveria ser “restringida a aplicação do *in dubio pro reo*” e “ampliada a noção de *flagrante delicto*”, deixando de ser “uma *faculdade*, para ser um dever imposto ao juiz”.

A quadra histórica em que promulgado o Código de Processo Penal, não só no Brasil, mas também em muitas partes do mundo, era de restrição e supressão de direitos. O processo penal era apenas mais uma das ferramentas de repressão da dissidência política e

⁶ Alguns dos principais exemplos de garantias fundamentais ligadas ao processo são os seguintes: princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); princípios do juiz e do promotor natural (art. XXXVII e LIII); princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI); princípio da motivação das decisões judiciais (art. 5º, IX e X); princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII); princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

controle social do povo marginalizado. Prado (2005, p. 223) assevera que o Código, naquilo que é central, funcionava [e continua funcionando] como “instrumento da política de segurança pública do Estado e não de previsão das regras do devido processo legal”.

Convivemos até hoje, destarte, com um Código de Processo Penal cuja exposição de motivos privilegia abertamente a eficiência e a repressão em prejuízo dos direitos individuais. Depois de tanto tempo, métodos autoritários previstos na legislação – promulgada em período de exceção – inserem-se também na cultura da sociedade, e dificilmente são excluídas das práticas jurídicas, mesmo após processos de democratização.

Uma das heranças mais evidentes do período autoritário supracitado é a possibilidade da decretação da prisão preventiva para “a garantia da ordem pública” (art. 312 do CPP). Expressão vaga e imprecisa, admite um sem número de interpretações. Até mesmo o caráter cautelar da medida é questionável, como se abordará mais à frente.

3 A NATUREZA JURÍDICA E A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, como medida cautelar (JARDIM, 2016, p. 412), somente pode ser utilizada quando houver necessidade e adequação (art. 282, I e II, do CPP). Normalmente, só pode ser preso aquele contra quem já há culpa formada, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, de índole constitucional (art. 5º, LVII, da CF). Segundo o citado dispositivo, somente será considerado culpado quem tiver contra si uma sentença condenatória transitada em julgado⁷.

Até a decisão definitiva, portanto, é direito do acusado não ostentar o *status* de condenado, nem ser tratado como tal. A medida, drástica, “deve estar limitada ao estritamente necessário” (TOURINHO FILHO, 2014, p. 502). Trata-se de uma “projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do *favor libertatis*, do *in dubio pro reo* e da *nulla poena sine culpa*” (BULOS, 2017, p. 547).

O Código de Processo Penal, no art. 282, parágrafos 4º e 6º, estabeleceu expressamente a prisão preventiva como *ultima ratio*. É dizer, somente será decretada quando houver descumprimento de outras medidas cautelares ou quando estas não forem cabíveis. O juiz deve dar prioridade, caso seja necessário, às medidas cautelares diversas da prisão. Se

⁷ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha, nos autos do HC 126.292, passando a permitir a execução da pena privativa de liberdade após decisão condenatória de segunda instância.

houver descumprimento, pode substituí-las ou impor outras em cumulação. Se o descumprimento persistir, em último caso, pode decretar a preventiva. Ou então, pode ser decretada desde logo, se outras cautelares forem inócuas ou insuficientes.

Comedimento é imprescindível. Ao analisar um pedido de prisão preventiva, é dever do juiz levar em conta suas três principais características: excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade (LOPES JR., 2015, p. 602). Para a melhor doutrina, é obrigatório que estejam presentes o *fumus commissi delicti* (a probabilidade da ocorrência de um delito) e o *periculum libertatis* (a situação de perigo criada pela conduta do próprio imputado).

Fumus commissi delicti, para a lei, são os *indícios suficientes de autoria* da prática criminosa. Suficientes são os indícios que apontem de forma razoável para o cometimento do crime pelo indiciado ou acusado. A conduta deve ser aparentemente típica, antijurídica e culpável, e também não devem estar presentes vestígios de causas da exclusão do crime (legítima defesa, estado de necessidade, erro de tipo etc.)⁸ nem da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.). Enfim, é necessário que haja um alto grau de probabilidade do ato ilícito (LOPES JR., 2015, p. 635).

Quanto ao *periculum libertatis* (que não se confunde com o *periculum in mora*⁹), representa o risco que o indigitado pode representar para o normal desenvolvimento do processo. Caso ele dê mostras de que pode influenciar no normal desenvolvimento do feito ou de que pretende de alguma forma frustrar os fins de eventual sentença condenatória, configurado estará o *perigo da liberdade*. É importante que o decreto de prisão demonstre indícios concretos de alguma das hipóteses que caracterizam o perigo, não bastando a mera suposição¹⁰.

A prisão preventiva, assim, apresenta-se com a nota da instrumentalidade. Visa a assegurar, como as demais medidas cautelares, o normal desenvolvimento do processo. Sua “finalidade precípua é tutelar os fins e os meios do processo penal de conhecimento” (JARDIM, 2016, p. 412). De acordo com a lição de Tourinho Filho (2014, p. 507-508), a

⁸ Nesse sentido, prevê o art. 314 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva não será decretada se o juiz verificar ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Código Penal (causas de exclusão da ilicitude).

⁹ O *periculum in mora* refere-se à demora normal do processo, não necessariamente ligada a qualquer atividade do imputado (JARDIM, 2016, p. 411). No processo penal, diversamente, a demora no desenrolar do feito não pode, automaticamente, influenciar no estado de liberdade do cidadão. O “fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado” (LOPES JR., 2015, p. 590).

¹⁰ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 95009, de relatoria do Ministro Eros Grau: “Mera suposição [...] de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão” (STF, HC 95009-SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Julgamento 06-11-2008, DJe 18-12-2008).

custódia provisória “será necessária quando apresentar caráter cautelar”, ou seja, “quando houver perigo de fuga ou for indispensável à preservação da instrução criminal”.

Se forem carreados aos autos do processo penal indicativos de que o réu esteja ameaçando testemunhas ou vítimas do crime, inutilizando ou destruindo provas, ou ainda de que pretenda evadir-se antes da sentença final, estará justificada a exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência. Senão, será inequívoca antecipação de pena, uma “providência odiosa” (TOURINHO FILHO, 2014, p. 500).

Somente se justifica a restrição da liberdade antes da sentença condenatória caso haja demonstração suficientemente comprovada de que o investigado ou acusado representa risco real ao correto deslinde do processo. Pelo caráter acessório dessa medida cautelar drástica, deve ela estar ligada ao processo principal para ser válida. A prisão preventiva que não obedeça a esses limites não estará de acordo com a Constituição Federal, e configurar-se-á constrangimento ilegal.

Com base nas premissas acima, o próximo capítulo analisará a prisão preventiva para a garantia da ordem pública e a interpretação que vem sendo dada a ela, bem assim seu alinhamento (ou desalinhamento) com a Constituição Federal.

4 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: A (DES)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Conforme explanado acima, a prisão preventiva tem lugar para tutelar os meios e os fins do processo. Sua finalidade precípua é evitar influências negativas do acusado na produção de provas ou evitar sua fuga. Em outras palavras, é necessária a demonstração do perigo na liberdade do imputado para o processo penal.

Para o artigo 312 do Código de Processo Penal, o *periculum libertatis* pode ser traduzido na necessidade da *garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da lei penal*. As hipóteses são alternativas, isto é, a presença de qualquer delas, ainda que isoladamente, justifica a aplicação da medida preventiva.

Para evitar influências negativas do acusado na coleta ou produção de provas a prisão preventiva pode ser decretada por *conveniência da instrução processual*, e para impedir que ele se furte de uma sentença condenatória o fundamento da custódia deve ser *assegurar a*

aplicação da lei penal. Essas duas hipóteses já abarcam – de acordo com a doutrina – os motivos justificadores da restrição da liberdade antes da sentença condenatória irrecorrível.

Ao lado delas, entretanto, há a garantia da ordem pública e da ordem econômica¹¹. A questão que se apresenta é saber qual o interesse processual da prisão com esse fundamento. É importante verificar se tal medida possui caráter instrumental, exigido em todas as medidas cautelares. Qual é o bem jurídico protegido pela prisão provisória para a garantia da ordem pública?

Pela fluidez da expressão, é difícil conceituá-la. Desde há muito, a tarefa coube à doutrina e à jurisprudência. Para Nucci (2012, p. 658), “entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito”. O autor defende que a prática de crimes graves, notadamente aqueles alcançados por meios de comunicação, e que trazem intranquilidade à sociedade, pode abalar a ordem pública.

Lecionam Pacelli e Fischer (2014, p. 656) que a hipótese foi instituída “para o fim de conceder ampla discricionariedade aos órgãos de persecução penal”. Os escritores expõem que a “ordem pública seria a ordem determinada pelo Poder Público”, mas rechaçam a ligação entre ordem pública e clamor público (idem, p. 658), frequentemente associado a abordagens sensacionalistas de práticas criminosas por parte da mídia. Diante da subjetividade do conceito, já se prendeu por esse motivo para preservar a credibilidade do Estado e da Justiça¹², por interesse social¹³, por clamor público¹⁴, pela gravidade do crime¹⁵, pela periculosidade do agente¹⁶ e até para a proteção do próprio preso¹⁷ (FRANCO. A. S., STOCCO R., 1999, p. 1968-1979).

Ao analisar a jurisprudência relacionada ao conceito, Fauzi Hassan Choukr (2011, p. 505-506) não obteve êxito em “firmar um juízo de valor coeso a respeito”. Segundo o autor, nem o Supremo Tribunal Federal foi capaz de oferecer parâmetros de atuação, deixando-se aos julgadores o arbítrio de decidir sobre tão importante questão. Atualmente, para o Supremo Tribunal Federal, as principais circunstâncias que podem justificar a prisão para a garantia da

¹¹ O trabalho limitar-se-á a abordar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, embora tudo que for dito sirva também para a garantia da ordem econômica.

¹² STJ, RHC 3169-5 – Rel. Vicente Cernicchiaro – DJU 15-05-95.

¹³ STJ, RHC 4.230-3 – Rel. Vicente Leal.

¹⁴ STJ, RHC 1697-0 – Rel. Costa Lima – RSTJ 46/418.

¹⁵ STJ, RHC 7429 – Rel. Félix Fischer – DJU 3/8/98.

¹⁶ STJ, HC 5971 – Rel. Fernando Gonçalves – DJU 29-6-98.

¹⁷ TJRJ, HC 8.402 – Rel. João Francisco – RT 589/397.

ordem pública são a gravidade em concreto do delito¹⁸, para evitar a reiteração criminosa¹⁹ e pela periculosidade do agente²⁰.

Em que pese à orientação jurisprudencial acima, ainda que os motivos expostos possam parecer justos para o decreto da prisão preventiva, forçoso reconhecer que pouco têm a ver com a “garantia da ordem pública”. Mais segurança jurídica haveria se o ordenamento jurídico previsse expressamente tais hipóteses como autorizadoras da prisão cautelar, e não se utilizasse de um conceito tão aberto, capaz de abrir espaço para arbitrariedades.

A doutrina encarregou-se de fazer a necessária crítica ao instituto. Defende-se que a ordem pública, junto da “ordem econômica”, é hipótese de restrição da liberdade que não tem relação com o processo; não tem caráter cautelar nem instrumental. Com origem na Alemanha dos anos 30, sua única finalidade é conceder uma autorização geral e irrestrita para prender (LOPES JR., 2015, p. 648).

Zaffaroni (2006, p. 110) argumenta que no sistema penal cautelar da América Latina, “operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito [...] e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo”. Afora isso, de acordo com o jurista, “aparecem as teses processualistas, que defendem a natureza não penal do confinamento cautelar, fundamentando-o de maneira às vezes bastante engenhosa, mas não conseguindo ocultar sua essência punitiva” (idem, p. 113).

Conforme o escólio de Tourinho Filho (2014, p. 513), no mais das vezes, o Promotor de Justiça e o Magistrado “mensuram e valoram a conduta criminosa proclamando a necessidade de ‘garantir a ordem pública’, sem nenhum [...] elemento de fato”. Acrescenta que, nesses casos, “a prisão não passará de uma execução sumária”. Ao valorar a conduta antes mesmo da instrução processual, os atores do sistema de justiça adiantam indevidamente um juízo de reprovação a respeito da conduta do acusado.

Concluir, na fase limiar do processo, quando os indícios eventualmente existentes são precários – porquanto ainda não submetidos a contraditório judicial –, que a liberdade do investigado ou acusado é necessária para a “garantia da ordem pública”, pode representar uma grave violação ao princípio da presunção de inocência (CHOUKR, 2011, p.505). Bem por

¹⁸ RHC 143166 AgR – SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 01-09-2017, DJe 28-09-2017; HC 144916 AgR – RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento: 25-08-2017, DJe 18-09-2017.

¹⁹ HC 133026 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento 08-08-2017, DJe 18-09-2017; HC 141152 – CE, Rel. Min. Edson Fachin, Julgamento 16-05-2017, DJe 02-06-2017.

²⁰ HC 127465 – RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento: 19-09-2017, DJe 02-10-2017; HC 137238 – PR, Rel. p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento 05-09-2017, DJe 20-09-2017; HC 142369 – SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgamento: 06-06-2017, DJe 22-06-2017.

isso, Aury Lopes Junior (2015, p. 651) entende que as prisões preventivas para garantia da ordem pública e da ordem econômica, por não serem cautelares, são “flagrantemente inconstitucionais”.

Como não há caráter cautelar, é dizer, a prisão para a garantia da ordem pública não aspira instrumentalizar o processo, acaba por funcionar como pena antecipada, mormente quando o juiz invoca argumentos como a “necessidade de rápida e eficaz resposta estatal ao delito” ou na “periculosidade presumida do agente”. Trata-se de instrumento típico de órgãos de segurança pública, com os quais não pode o Poder Judiciário (como garantidor de direitos fundamentais) ser confundido.

5 A PRISÃO PREVENTIVA SEGUNDO O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Além do rol de direitos humanos assegurados formalmente nas convenções internacionais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos contempla, também, os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações (RAMOS, 2015, p. 35). Os processos internos devem, portanto, respeitar os princípios protegidos pelo seu sistema regional de proteção aos direitos humanos, qual seja, o sistema interamericano, regido, principalmente, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Convenção, conhecida também como Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 7º, alínea “1”, expressa que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. A alínea “2” do mesmo artigo estabelece que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiterado seu entendimento no sentido de que a prisão antes do reconhecimento da culpa do acusado deve ter caráter excepcional, por representar exceção ao princípio da presunção de inocência. Em hipóteses nas quais a prisão preventiva foi utilizada para fins outros que não acautelar o processo ou garantir o cumprimento de decisões judiciais, a corte considerou tratar-se de uma violação a direitos humanos.

Na sentença prolatada pela Corte no caso Palamara Iribarne vs Chile (CORTEIDH²¹), ficou consignado que medidas cautelares que afetam a liberdade pessoal “*tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad*” (item 197). A Corte asseverou que o Estado-parte pode decretar a prisão preventiva, desde que “*se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal*”, existam indícios suficientes de culpabilidade em desfavor do acusado e “*sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia*” (item 198).

No caso, a Corte analisava dois decretos de prisão preventiva emitidos contra o senhor Palamara Iribarne. Em um deles, na Causa n. 471, no bojo da qual o acusado respondia perante a Justiça Militar do Chile pelo crime de desacato, a prisão provisória (que durou por quatro dias) foi decretada somente em razão do que dispunha o art. 274 do Código de Procedimento Penal²² então vigente, o qual, segundo a Corte, “*no hace referencia a las condiciones que deben acreditarse para que se pueda dictar prisión preventiva*”, mas tão somente sobre as condições para emitir um auto de processamento (item 205).

Já na segunda ordem de prisão preventiva (que durou 10 dias) emitida contra o senhor Palamara, o fundamento utilizado foi o artigo 363 do Código de Processamento Penal²³. Segundo a Justiça Militar do país, a prisão era necessária, uma vez que havia “*diligencias pendientes que cumplir en el proceso*”, e também “*por faltar la agregación al expediente del extracto de filiación y antecedentes calificados en la causa*” (item 208). Para a Corte Interamericana, as autoridades emitiram a ordem de prisão sem fundamentar e indicar elementos do caso concreto que pudessem configurar os requisitos exigidos em lei (item 210).

Foi dito pela Corte, desta forma, que a prisão preventiva não era necessária para a realização das diligências que se pretendia, até porque o processo corria em segredo de justiça (item 211). Segundo a sentença, na jurisdição militar chilena, a prisão preventiva, ao que lhe pareceu, funciona como regra, e não como exceção (item 212). Assim, a interpretação das normas internas, com relação à restrição da liberdade, realizada pelas autoridades chilenas

²¹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em 13-11-2017.

²² O dispositivo dispunha que: “*Después de que el juez haya interrogado al inculpado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare: 1) [q]ue está justificada la existencia del delito que se investiga; y 2) [q]ue aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor*”.

²³ A redação do artigo era a seguinte: “*[s]ólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en los antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez estrictamente para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la sociedad o el ofendido*.”

naquele caso, não se revestiu de caráter excepcional, desrespeitando, desta forma, o direito à presunção de inocência (item 213).

Conforme entendimento esposado na sentença, “*son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas*”. Ficou decidido que o Estado chileno violou os artigos 7.3 e 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos em prejuízo do senhor Palamara Iribarne, por haver determinado a privação de sua liberdade com base em ordens arbitrárias, “*sin observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad*” (CIDH, 2017, p. 216).

Em duas oportunidades recentes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH manifestou-se a fim de efetivar os direitos e garantias protegidas pelo sistema interamericano e diminuir a violação ao direito à liberdade por meio do uso da prisão preventiva realizados no território nacional de seus países membros.

Em 2013, a CIDH disponibilizou o “Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: Introdução e recomendações”, reafirmando a importância da proteção do princípio da presunção de inocência no decorrer dos procedimentos criminais nacionais, e recomendando que os processos respeitassem os seguintes parâmetros:

(i) A detenção preventiva deve ser a exceção e não a regra; (ii) os objetivos legítimos e permissíveis da detenção preventiva devem ter caráter processual, tal como evitar o perigo de fuga ou obstáculos do processo; (iii) conseqüentemente, a existência de indícios de responsabilidade não constitui razão suficiente para decretar a detenção preventiva de uma pessoa; (iv) mesmo existindo fins processuais, requer-se que a detenção provisória seja absolutamente necessária e proporcional, no sentido de que não existam outros meios menos excessivos para alcançar o fim processual que se persegue e que não se afete desproporcionalmente a liberdade pessoal; (v) todos os aspectos anteriores requerem uma motivação individualizada que não pode ter como sustento presunções; (vi) a detenção preventiva deve se decretar pelo tempo estritamente necessário para cumprir o fim processual, o que implica uma revisão periódica dos elementos que deram lugar a sua procedência; (vii) a manutenção da detenção preventiva por um prazo não razoável equivale à prorrogação da pena; e (viii) no caso de meninos, meninas e adolescentes os critérios de precedência da detenção preventiva devem se aplicar com maior rigorosidade, procurando-se um maior uso de outras medidas cautelares ou o julgamento em liberdade; e quando for precedente deverá se aplicar durante o prazo mais breve possível.

Já em julho de 2017, a CIDH divulgou outro documento sobre o mesmo tema, intitulado “*Medidas para reducir la prisión preventiva*”²⁴. Os organizadores do trabalho ressaltaram que “*el uso excesivo y no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados Miembros de la OEA*”, pois “*constituye una situación inadmisibile em una sociedad democrática, que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia*” (idem, p. 25).

Ao verificar que muitos dos presos nos países integrantes da OEA, cerca de 36,3% (idem, p. 26)²⁵, cumprem prisão provisória, o órgão pretendeu fornecer mecanismos legais e judiciais para que fosse reduzido o número de pessoas presas preventivamente, fazendo com que sejam exigidos requisitos mais rigorosos para a adoção da custódia cautelar e que sejam fixados prazos razoáveis para sua duração, além de estimular o uso de medidas alternativas à prisão. Uma das principais recomendações constantes do trabalho é a necessidade de erradicação da prisão preventiva como ferramenta de controle social ou como pena antecipada (idem, p.28).

A Comissão, ao analisar decisões jurisprudenciais de Tribunais dos Estados-membros, colacionou alguns casos de boas práticas para a racionalização do uso de prisões preventivas. A Corte Suprema de Justiça da Colômbia, por exemplo, emitiu decisões proibindo a prisão preventiva a determinados delitos “*sin base em criterios objetivos, por la sola circunstancia de responder a estándares como ‘alarma social’, ‘repercusión social’ o ‘peligrosidad’*” (idem, p. 57). No mesmo sentido, a Corte Suprema do Peru, mediante *La Casación No. 626-2013 Monegua de 27 de febrero de 2016*, estabeleceu diversos critérios para que se cumpra o caráter excepcional da prisão preventiva, e que “*la inexistencia del arraigo y la gravedad del delito (...) no generan la aplicación automática de la prisión preventiva*” (idem, p. 58).

Ficou consignado ainda que a implementação de políticas criminais e reformas legais que resultam em maiores níveis de encarceramento como resposta a problemas de insegurança pública “*constituyen uno de los principales factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva*” (CIDH, 2017, p. 64). Consoante o entendimento da Comissão, se a prisão preventiva é utilizada para esse fim, ela foge de sua lógica cautelar. Além do mais, reitera a inexistência de evidência empírica que demonstre que políticas de encarceramento tenham alguma incidência na diminuição dos índices de criminalidade e violência (idem, p. 65).

²⁴ Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>> Acesso em 13-11-2017.

²⁵ O documento destaca que, “*en ciertos países la cifra es mucho mais elvada* (CIDH, 2017, p. 26)”.

Os órgãos do Sistema Interamericano têm se pronunciado no sentido de que a prisão preventiva não pode ter fins de prevenção geral ou especial, características atribuídas à pena criminal. Para que a custódia cautelar seja legítima, deverá “*assegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia*” (idem, p. 65). Atribuir à prisão provisória finalidades típicas da pena significa transformá-la em punição antecipada.

Em seu estudo, a Comissão demonstrou especial preocupação com legislações que privilegiam a aplicação da prisão preventiva e restringem a possibilidade da substituição dela por medidas cautelares. Advertiu ainda para as fortes mensagens midiáticas e políticas, que contam com grande respaldo da opinião pública e obstaculizam iniciativas tendentes a racionalizar o uso da prisão preventiva. Ademais, alertou para o encarceramento de pessoas acusadas de delitos relacionados a drogas, “*frecuentemente caracterizados como ‘delitos graves’, y por consiguiente, la prisión preventiva es aplicada de manera automática*” (idem, p. 157-158).

Em suma, a Comissão orienta os Estados a evitar, tanto quanto possível, a aplicação da prisão preventiva, a qual deve estar de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Um dos principais pontos abordados é a necessidade de a medida não ser utilizada como ferramenta de “controle social” ou como pena antecipada. Devem os Estados ainda levar em conta sua natureza de medida excepcional, sujeita aos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade.

Para o órgão internacional, a privação da liberdade antes da decisão final deve ter caráter processual, e, em consequência, somente pode ser considerada legítima se tiver como fundamento (a) assegurar o normal desenvolvimento do processo de interferências indevidas do acusado ou (b) garantir que ele não eludirá a ação da justiça (idem, p. 163). Qualquer outro motivo que possa ensejar a privação da liberdade não terá caráter cautelar, e será contrária aos padrões internacionais sobre o tema.

A jurisprudência da Corte Interamericana e o entendimento atual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, portanto, condenam a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”, da forma como adotada no Brasil. A custódia cautelar com esse fundamento é contrária aos padrões do Direito Internacional, notadamente no interior do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ao qual o país aderiu ao internacionalizar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Reconhecido o caráter objetivo das obrigações assumidas pelos Estados por meio dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, espera-se dos Estados que respeitem os princípios e regras concernentes aos direitos básicos da proteção humana (RAMOS, 2016, p. 124-126), os quais incluem, ressalte-se, o princípio da presunção de inocência e o princípio da máxima efetividade. Dado o posicionamento e constantes orientações adotadas no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a exigência é de que os Estados tomem as medidas cabíveis para que o uso da prisão preventiva tenha caráter necessariamente excepcional, e que a fundamentação das prisões como garantia da ordem pública não sejam usados como instrumento de políticas repressivas do Estado.

Cabe aos tribunais superiores do país reconhecer a desconformidade da “garantia da ordem pública” para a decretação da prisão preventiva. Ao julgar que os tratados internacionais relativos a direitos humanos têm *status* supralegal e infraconstitucional, assim como decidido nos autos do RE 349703 – RS²⁶, é dever do Poder Judiciário nacional afastar essa modalidade de prisão preventiva, por tudo quanto exposto acima. Estará o Brasil, assim, alinhado ao entendimento atual do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao menos no que se refere a este tema, tão importante para a afirmação da cidadania e dos direitos fundamentais.

²⁶ RE 349703 - RE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento: 03-12-2008, Dje 05-06-2009, quando ficou consignado: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do Estado Democrático, o direito processual penal tem como função principal instrumentalizar o projeto constitucional. Para que uma pena criminal seja aplicada e executada com legitimidade, é necessário que o processo que leve a ela se desenvolva com absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição Federal.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, entretanto, foi promulgado em período de exceção (Estado Novo), quando direitos humanos não eram levados em consideração. O sistema de justiça criminal era visto como um instrumento para a repressão, e não como garantia de direitos aos cidadãos. O Decreto-Lei que o instituiu, em sua Exposição de Motivos, diz expressamente que sua inspiração foi o Código Rocco italiano (de ideologia fascista) e que seria necessário relativizar-se o direito do indivíduo em prol do “bem comum”.

Em razão da diferença entre a prisão decorrente de sentença condenatória e a prisão preventiva – porquanto a primeira tem caráter de pena e a segunda, caráter cautelar –, esta última somente pode ser utilizada quando estritamente necessário, uma vez que representa exceção ao princípio da presunção de inocência. Para o Código de Processo Penal nacional, a segregação preventiva é considerada como *ultima ratio*, ou seja, apenas pode ser decretada se for incabível ou se houver descumprimento de outra – ou outras – medida cautelar, o que está de acordo com os principais documentos internacionais sobre direitos humanos e com a Constituição brasileira.

Por ser uma medida cautelar – a mais gravosa delas –, a razão de ser da prisão preventiva é tutelar o normal funcionamento do processo; garantir seus meios e fins. É plenamente cabível quando houver demonstração de que o acusado pretende destruir provas ou intimidar testemunhas, ou ainda quando dê mostras de que vá fugir antes da sentença final. Fora dessas hipóteses, a prisão preventiva não terá caráter cautelar, e não passará de uma antecipação da pena.

Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução processual ou para assegurar a aplicação da lei penal. Com a finalidade de garantir o desenvolvimento regular e o provimento final do processo pode a custódia provisória ser

decretada para a conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal.

Garantir a ordem pública – e também a ordem econômica – é providência que não guarda relação com o processo penal. Não se pretende, com esse fundamento, tutelar os meios e os fins do procedimento. Até pela fluidez do conceito, nem a doutrina nem a jurisprudência chegaram a um consenso minimamente seguro sobre ele. A garantia da ordem pública já foi utilizada com diversos significados, muitos dissonantes entre si.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinou-se no sentido de que podem justificar a prisão para a garantia da ordem pública a “gravidade em concreto do crime”, para evitar a “reiteração criminosa” e em razão da “periculosidade do agente”. Parte considerável da doutrina, por outro lado, não aceita o instituto. Como não guarda relação com o processo, seria uma medida inconstitucional, por representar, no mais das vezes, uma pena disfarçada.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7º, alínea “2”, diz que ninguém pode ser detido ou encarcerado de modo arbitrário. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, assentou seu entendimento no sentido de que a prisão antes da condenação pode ser decretada, desde que estritamente necessária para o normal desenvolvimento do processo ou para impedir que o acusado se furte da ação da justiça.

Em recentes manifestações sobre o tema, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou esse entendimento, visando a diminuir a prisão preventiva nos Estados-partes, reconhecendo que seu uso abusivo é um grave problema na região. A Comissão inclinou-se no sentido de orientar os Estados a exigir critérios mais rigorosos para a decretação da prisão cautelar, além de darem preferência às medidas alternativas. Uma das principais recomendações aos Estados é no sentido de que a prisão preventiva não mais seja usada como instrumento de “controle social”, o que ocorre com a nossa “garantia da ordem pública”.

Portanto, pelo entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal, de que as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm caráter supralegal e infraconstitucional, caberá aos tribunais superiores fazer o necessário controle de convencionalidade da “prisão preventiva para a garantia da ordem pública”, e declarar sua desconformidade com os padrões internacionais que tratam sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas* [Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II, 2017. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>. Acesso em 13-nov-2017.
- _____. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações*, 2013. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>>. Acesso em Agosto-2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=313&lang=en>. Acesso em 13-nov-2017.
- FRANCO, Alberto Silva, e STOCCO, Rui (Coord.). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT. 1999.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. – Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*: 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.
- PACELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade Constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.