



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

CAIO JOSÉ ARRUDA AMARANTE DE OLIVEIRA

**A INCONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA
“GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”: O CONFLITO COM A JURISPRUDÊNCIA
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**CAMPINA GRANDE/PB
MARÇO/2022**

CAIO JOSÉ ARRUDA AMARANTE DE OLIVEIRA

**A INCONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA
“GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”: O CONFLITO COM A JURISPRUDÊNCIA
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal e Direito Internacional Público.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo dos Santos Bezerra.

**CAMPINA GRANDE/PB
MARÇO/2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O49i Oliveira, Caio José Arruda Amarante de.

A inconvenção da prisão preventiva com fundamento na "garantia da ordem pública": o conflito com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [manuscrito] / Caio José Arruda Amarante de Oliveira. - 2022.

41 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2022.

"Orientação : Prof. Dr. Ricardo dos Santos Bezerra, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Garantia da ordem pública. 2. Convenção Americana. 3. Direitos humanos. 4. Convenção Americana. I. Título

21. ed. CDD 345.05

CAIO JOSÉ ARRUDA AMARANTE DE OLIVEIRA

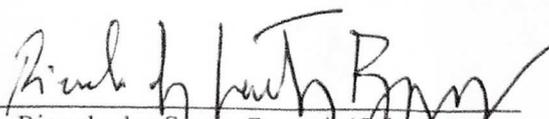
A INCONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA
"GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA": O CONFLITO COM A JURISPRUDÊNCIA DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal
e Direito Internacional Público.

Aprovado em: 25/03/2022

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Ricardo dos Santos Bezerra (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dra. Rosimeire Ventura Leite
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dra. Paula Christianne da Costa Newton
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha mãe, Maria das Neves Arruda, meu primeiro amor!

AGRADECIMENTOS

5 anos se passaram do meu ingresso na universidade – exatamente em 03/03/2017. Passado esse tempo, poder olhar para trás e ver o que foi construído é recompensador. Nada obstante, essa colheita não seria possível sem o suporte de diversos atores, dentre os quais agradeço:

À minha mãe, a melhor que eu pude ter, por nunca ter desistido de mim e por ter compreendido as minhas faltas – que foram muitas. Olhando agora, parece que tudo valeu a pena. Por fim, ciente de todo seu esforço, espero poder recompensá-la por todo o seu amor, cuidado e doação.

À minha namorada Maria Augusta, que há mais de 5 anos é o “meu sol”, com quem eu divido meus sonhos – que são muitos. Sou muito feliz de caminhar do seu lado e por você estar fazendo parte de momentos tão especiais na minha vida. Irão vir outros pela frente...

Aos meus padrinhos e às minhas tias “Lulu” e Fabrícia, por terem sido suporte para mim e para minha mãe durante esses anos. Tenho certeza que sem vocês muitos sonhos que nós realizamos – eu e minha mãe – não se tornariam realidade.

Ao meu orientador e também amigo Dr. Ricardo dos Santos Bezerra, por ter acreditado nas minhas ideias e sempre ter me apoiado em projetos, artigos e nesse TCC.

Às professoras Rosimeire Ventura Leite e Paulla Christianne da Costa Newton, por terem aceitado o convite de serem membras da banca examinadora desse trabalho.

À Defensoria Pública da União, onde estagiei, por ter feito com que eu abrisse os olhos para o real propósito do direito: a justiça social. Sou muito grato por durante 2 anos ter sido uma ferramenta – ainda que minúscula – na defesa dos vulneráveis.

Aos amigos e familiares que torceram por mim durante esses anos de graduação, por vibrarem a cada conquista junto comigo.

Por último, como escreveu Miguel de Cervantes em *Dom Quixote* “Mudar o mundo, meu amigo Sancho, não é loucura, não é utopia, é justiça!”.

“Cárceres imundos, prisioneiros como sardinha em lata: em sua grande maioria, são prisioneiros sem condenação. Muitos, sem processo sequer, estão ali sem que ninguém saiba o porquê. **Se se comparasse, o inferno de Dante pareceria algo de Disney.**” *Eduardo Galeano*

RESUMO

A vagueza do conceito “garantia da ordem pública” permite que prisões cautelares com fins extraprocessuais sejam banalizadas pelo Sistema de Justiça Criminal no Brasil. Isto posto, a presente pesquisa se propõe a investigar a convencionalidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública” à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, principal documento do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. Somente a partir disso, orientado pelo método de abordagem indutivo, o trabalho averiguará as origens político-ideológicas do Código de Processo Penal brasileiro, afim de verificar como se deu a infiltração do pensamento autoritário no país. Outrossim, com auxílio dos métodos de procedimento explicativo, histórico e comparativo, discutir-se-ão os seguintes tópicos: o transporte do pensamento autoritário do *Codice Rocco* para o processo penal brasileiro; a inserção da locução “garantia da ordem pública” – vaga e carente de sentido – como ferramenta para ampliação do poder punitivo, no furor da reprodução do autoritarismo italiano no Código de Processo Penal brasileiro; a natureza da prisão preventiva para o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, traduzida em três importantes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Palamara Iribarne vs. Chile; caso López Álvarez vs. Honduras; e caso Barreto Leiva vs. Venezuela); por último, a análise da responsabilidade para controlar a convencionalidade das leis domésticas brasileiras que colidem com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como resultado, alcançar-se-á que a prisão preventiva, quando decretada para garantir a ordem pública, é inconvenção, posto que nesse caso não possui natureza cautelar/processual.

Palavras-chaves: Garantia da ordem pública; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convencionalidade.

ABSTRACT

The vagueness of the concept “garanty of public order” enable provisional arrests with extra-procedural ends to be vulgarized by the Brazil’s Criminal Justice System. For this reason, the current research proposes to investigate the conventionality regarding the pre-trial detention on the grounds of the “garanty of public order” in light of the American Convention on Human Rights, the main document of the Inter-American System for protection of the human rights. That way, guided by the inductive approach method, this research will ascertain the political-ideological origins of the brazilian Criminal Procedure Code, in order to verify how the infiltration of the authoritarian thinking came about in the country. Furthermore, with the help from the methods used in explanatory, historic and comparative procedures, there will be discussions about the following topics: the passing from Codice Rocco’s authoritarian thinking to the brazilian criminal procedure; the insertion of the phrase “garanty of public order” – shallow and with lack of meaning- as a tool to amplify the punitive power, at the peak of the Italian authoritarianism reproduction in the Brazilian Criminal Procedure Code; the nature of the pre-trial detention to the Inter-American System for protection of the human rights, manifested in 3 important decisions from the Inter-American Human Rights Court (case Palamara Iribarne vs. Chile; case López Álvarez vs. Honduras; and case Barreto Leiva vs. Venezuela); at last the analysis of the responsibility to control the Brazilian domestic laws conventionality which collide with the American Convention on Human Rights. As a result, it will be achieved that the pre-trial detention, when given to garanty public order, is unconventional, given that in this case there is no precautionary/procedural nature.

Keywords: Garanty of public order; American Convention on Human Rights; Conventionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

CtIADH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

SIDH – Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos

MRE – Ministério das Relações Exteriores

DIC – Departamento de Investigação Criminal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O NASCIMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA REPRODUÇÃO DO PROCESSO PENAL ITALIANO	12
2.1	A “garantia da ordem pública” como fundamento para prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro	15
3	A NATUREZA EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	19
3.1	Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005)	22
3.2	Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)	24
3.3	Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)	27
4	A QUEM INCUMBE CONTROLAR A CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL?	30
5	METODOLOGIA	34
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
	REFERÊNCIAS	37

1 INTRODUÇÃO

Entre os componentes autoritários – ainda – presentes no Código de Processo Penal – CPP está a locução “garantia da ordem pública”. É preciso pontuar que, ao contrário do que se esperava, a irrupção da Constituição Federal de 1988 – CF/88 – de tendência garantista – não conduziu ao afastamento do autoritarismo das legislações penais e processuais penais.

Desta feita, se na Itália o CPP italiano contou com ideólogos como Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini, o CPP brasileiro teve Francisco Campos como seu principal mentor. Nesse sentido, torna-se importante assinalar que tanto o CPP italiano como o brasileiro entraram em vigor em momentos de incontestáveis crises democráticas.

Diante disso, a presente pesquisa visa identificar como a incontornável herança italiana no CPP brasileiro permitiu que os componentes tidos como autoritários permanecessem e se perpetuassem. Produto da mentalidade imposta pela ideologia da defesa social, a “garantia da ordem pública” é um desses conceitos, que possibilita que prisões com fins extraprocessuais sejam banalizadas no cotidiano do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, mesmo que à margem do princípio da presunção de inocência.

Extraí-se que por ser um termo vago a “garantia da ordem pública” atende à diversos significados, ampliando, conseqüentemente, as hipóteses de coação à liberdade pessoal do indivíduo. Em face disso, resta saber se esse alargamento é compatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH – através dos trabalhos preparatórios da Convenção – e com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CtIADH faz do principal documento interamericano – mediante sua jurisprudência.

Nessa perspectiva, para aferição da convencionalidade do Art. 312 do CPP, serão selecionadas as seguintes decisões da CtIADH: o caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005); o caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006); e o caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* (2009). Poder-se-á resumir, somando os fundamentos das três decisões, que a CtIADH defende a excepcionalidade da prisão preventiva, que somente poderá ser imposta se houver finalidade processual (risco de fuga ou de prejuízo à colheita das provas).

Após a coleta da jurisprudência da CtIADH, buscar-se-á responder qual será o órgão responsável por controlar a convencionalidade das leis domésticas brasileiras. Isto é, se os juízes nacionais estariam aptos a realizar esse controle, ou se somente a CtIADH possui a incumbência de verificar a compatibilidade entre os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e as leis domésticas do Estado brasileiro.

Por último, será elencado o método indutivo como método de abordagem, à medida que partir-se-á de fatos particulares para se chegar a uma hipótese geral. Como métodos de procedimento, serão utilizados os métodos explicativo, histórico e comparativo. Ou seja, justificar-se-á na origem italiana do CPP brasileiro a introdução de conceitos vagos nas legislações penais e processuais penais, à exemplo da “garantia da ordem pública”. Apoiado nisso, examinar-se-á a convencionalidade da locução contida no Art. 312 do CPP com a CADH.

2 O NASCIMENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA REPRODUÇÃO DO PROCESSO PENAL ITALIANO

A princípio, sendo fundamental discriminar as raízes do CPP, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, colhe-se a sua matriz ideológica do CPP italiano de 1930, o *Codice Rocco* (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 411) (CASARA, 2019, p. 153). A influência do segundo sobre o primeiro é tanta que Giacomolli (2015, p. 145) argumenta que “essa estrutura ideológica ainda permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, na *law in action*”.

Por essa razão, para compreender o CPP brasileiro, é necessário, primeiramente, recapitular o contexto político e social da Itália, em 1930. Naquele período, pouco depois da 1ª Guerra Mundial, a Itália – como todos os principais países europeus – sofria com o desemprego, a miséria e a inflação. Foi nesse quadro que, para Giacomolli (2015, p. 146), surgiram as propostas “totalitárias”, que por fazerem oposição aos projetos socialistas, acabaram recebendo apoio da burguesia europeia.

É importante destacar que Arendt (2013, p. 358) vai distinguir os termos autoritarismo e totalitarismo, imputando ao modelo italiano a pecha de “autoritário”. Entretanto, Loewenstein (1942, p. 370, tradução nossa), acredita que “se há uma contrapartida do termo democrático, o regime deve ser chamado de autoritário¹”.

Nada obstante, Gloeckner (2018, p. 65), utilizando-se da distinção feita pela filósofa judia, e visando colocar um ponto final nesse debate, afirma que “será justamente a negação de um modelo totalitário que permitirá o autoritarismo naturalizar-se nas práticas punitivas e no próprio discurso dogmático”, apontando também que “nossas atuais compreensões acerca da democracia toleram, em certo nível, a presença do fascismo/autoritarismo” (GLOECKNER, 2018, p. 95).

Sem mais delongas, debruçando-se efetivamente sobre o *Codice Rocco* de 1930, dois representantes se destacaram sobremaneira na sua gestão, são eles: Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini. O primeiro foi o Ministro da Justiça do governo de Benito Mussolini; enquanto que o segundo foi o intelectual responsável pela elaboração do antigo CPP italiano.

Para Manzini, a presunção de inocência corresponderia a um excesso de individualismo e garantismo, o que justificaria a não consagração do princípio no *Codice Rocco* (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 411). Rocco, por sua vez, além de ter batizado o Código italiano, apontava-

¹ No original: “If an apposite counterpart to the term ‘democratic’ is in order, the regimen must be spoken of as ‘authoritarian’”.

o declaradamente como “o mais fascista dos códigos” (GLOECKNER, 2018, p. 41). Com propriedade, Casara (2019, p. 153) especifica o pensamento dos juristas italianos:

Para esses teóricos, vinculados ao movimento autoritário italiano, o que vigorava ao longo do processo criminal era uma ‘declaração (presunção) de não culpabilidade’, uma postura que via o imputado (aquele a quem se atribui uma conduta criminoso) numa situação ‘neutra’, em que ainda não podia ser tido como culpado, mas também não era visto como inocente.

Afastando a tese de que houve um alheamento do CPP italiano do fascismo liderado por Mussolini, Gloeckner (2018, p. 310) indica que no Relatório para o projeto preliminar do *Codice Rocco*² o próprio Alfredo Rocco salientou que os institutos processuais italianos seriam informados pelos princípios fixados pela “revolução espiritual” que fez emergir o regime político italiano da época – essa “revolução” seria o fascismo.

Consequentemente, oportunas são as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 154), os quais destacam que “toda lei corresponde em certa medida, a uma ideologia, porque não pode deixar de obedecer a um certo sistema de ideias”.

Mas, o que foi recepcionado da cultura jurídica fascista italiana no CPP de 1941? Primeiro, a busca da verdade material no processo penal. Melhor dizendo, a autorização do juiz agir de ofício para requisição de inquérito policial (Art. 5º, II, do CPP); a possibilidade de determinação de produção de provas também de ofício pelo magistrado (Art. 156, do CPP); e a viabilidade de se condenar o réu, mesmo quando o Ministério Público requeira a absolvição (Art. 385, do CPP) (BRASIL, 1941) (GIACOMOLLI, 2015, p. 148).

Pontue-se que, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 – que alterou a redação do Art. 311, do CPP –, o juiz poderia até mesmo decretar a prisão preventiva de ofício, também herança da doutrina italiana. Em acréscimo ao que fora apresentado por Nereu Giacomolli, Gloeckner (2018, p. 159-160) apresenta também outra recepção acrítica do direito italiano pelo direito brasileiro:

[...] Deve-se prestar atenção no conceito de ação [...] A opção por uma teoria abstrata da ação percorre plataformas autoritárias. Basta lembrar que na Itália, ela acaba sendo desenvolvida por ninguém menos que Alfredo Rocco, oportunizando, caso aplicada ao processo penal, o nascimento de um processo despido de qualquer espécie de controle preliminar [...] Recorrendo à alternativa diversa [...] em sua conexão com o direito material, novamente ressurgiu a ideia do direito subjetivo, ou do dever de obediência ao Estado.

Quanto a este ponto, é válida a proposta do autor, de abandono da teoria da relação jurídica e do conceito de ação, raciocínio que conduziria à teoria da acusação (GLOECKNER,

² No original: *Relazione al Progetto Preliminare di un Nuovo Codice di Procedura Penale*.

2018, p. 160). Isso porque o Ministério Público, no processo penal, não se equipara ao credor no processo civil, sendo irrelevante a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal – posto que ela nem mesmo existe (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 55).

Retornando ao exame sobre as influências do CPP italiano no CPP brasileiro, restando enfim saber quem teria sido o principal responsável por incorporar o processo penal autoritário italiano – ou, pelo menos, a sua ideologia fascista – no Brasil, alcança-se o nome do jurista mineiro Francisco Campos, Ministro da Justiça na época do Estado Novo de Getúlio Vargas. Note-se que na Exposição de Motivos do CPP de 1941, Campos não se furtou em saudar o pensamento processualista italiano:

XVII – Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. **Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”**. O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa (BRASIL, 1941) (*grifos nossos*).

Além disso, em “*O Estado Nacional*”, Francisco Campos se propõe a conciliar substantivos até então incompatíveis, quais sejam: a democracia e o autoritarismo. Ele afirma que “o Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário, cabendo ao Presidente da República a autoridade suprema, exercida em nome do povo e no interesse do seu bem-estar” (CAMPOS, 2001, p. 81).

O autor, fazendo uso da ideologia da defesa social, explana na sua obra um suposto conflito entre os direitos individuais e o “bem comum”, reclamando que as leis vigentes à época geram um “indireto estímulo à criminalidade” (CAMPOS, 2001, p. 121). Note-se que Foucault (2014, p. 89) confirma o que é trazido por Campos, entretanto, de maneira crítica, estabelece que “o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade”.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 88), a ideologia da defesa social fez surgir um direito penal “transpersonalista e autoritário” que “não procurará a segurança jurídica para a realização de seus integrantes, mas somente atenderá à realização deste superente gigantesco, diante do qual o homem seria pouco mais que nada”.

Como traçada por Francisco Campos, a concepção do processo penal autoritário é inerente à noção de instrumentalidade do processo (GLOECKNER, 2018, p. 135). Destarte, no juízo de Dinamarco (1990, p. 27), a instrumentalidade significaria ver o processo como um instrumento não somente para se chegar ao julgamento da causa, mas, mormente, para se alcançar fins remotos como a “segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”.

Entretanto, em contraste à Dinamarco, Casara (2019, p. 60) aponta que o Estado de Direito pressupõe a existência de limites legais ao exercício do poder. Além de Casara, Gloeckner (2018, p. 560) assevera que o instrumentalismo fomenta um processo majoritário e intuitivo, quando se deveria pensá-lo como contramajoritário e contraintuitivo. Em outros termos, em um processo penal que almeje ser democrático, o processo não pode se resumir a um instrumento na realização do direito material, visto que é, verdadeiramente, uma garantia do acusado.

O fato é que, aliado ao conceito de instrumentalidade, abarca-se a ideia de que “um bom discurso autoritário não pode estabelecer limites rígidos. O bom discurso autoritário é aquele que cria as próprias fronteiras” (GLOECKNER, 2018, 115). Daí a adoção de fórmulas abstratas, que ninguém sabe ao certo o que quer dizer, como o de “garantia da ordem pública”, fundamento encontrado para decretação da prisão preventiva no CPP brasileiro (Art. 312, do CPP) (BRASIL, 1941) (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 704).

2.1 A “garantia da ordem pública” como fundamento para prisão preventiva no sistema processual penal brasileiro

O Art. 312 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019, permite a decretação da prisão preventiva para “garantia da ordem pública”, desde que haja “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (BRASIL, 2019). Ou seja, de modo principiológico, para que seja autorizada a prisão preventiva, deverão estar preenchidos o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

À vista disso, independente das circunstâncias abstratas em que o crime está inserido, a prisão preventiva somente deverá ser autorizada quando insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão – previstas no Art. 319 do CPP (BRASIL, 1941). Decerto, “as regras do devido processo penal não se aplicam só para quem gostamos ou à *la carte* [...] Elas servem e devem ser respeitadas em relação a todos, gostemos ou não” (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 144).

Avançando a discussão, Zaffaroni e Pierangeli (2020, p. 154) apontarão para os “componentes autoritários que fecham o discurso”. Os autores definem esses componentes como aquelas expressões que “embora possam ter conteúdo, são empregadas sem conteúdo, com a mera pretensão de emudecer o oponente”.

Feitas essas considerações preliminares, Lopes Júnior (2021, p. 703) distingue o fundamento da “garantia da ordem pública” contido no Art. 312 do CPP em virtude da sua

“maleabilidade conceitual apavorante”, alertando também para a incompatibilidade com a natureza cautelar da prisão preventiva.

Remontando às origens do processo penal brasileiro, na Exposição de Motivos do CPP, Francisco Campos legitima a prisão preventiva com base no “clamor público” explicando haver à época “limites estreitos” para a admissibilidade das prisões cautelares, e completa dizendo que “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos” (BRASIL, 1941).

Prosseguindo com a análise, Gloeckner (2018, p. 403) relaciona a prisão preventiva com o pensamento positivista, haja vista a relevância dada à vida progressa do acusado ou ao seu estado de perigosidade. Haveria, desse modo, um “sincretismo consolidado na doutrina italiana, que se valia das teorias positivistas, dando-lhes uma nova roupagem” (GLOECKNER, 2018, p. 405). Entrementes, Rosa (2018, p. 146) explica que, no processo penal, a previsão da prisão preventiva é que ela sirva como garantia do processo e não como aparência de segurança pública.

A essa altura, faz-se necessário demarcar quais significantes podem ser aderidos ao conceito de “garantia da ordem pública”: o clamor público? A brutalidade ou gravidade do delito? A credibilidade das instituições? A garantia da integridade física do imputado? A possibilidade de reiteração delitiva? Os autores, quando discorrem sobre a matéria, não estabelecem limites claros e objetivos para a sua definição. De início, Nucci compreende a “garantia da ordem pública” como:

[...] Hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente (NUCCI, 2016, p. 915).

Outra acepção vem de Avena (2018, p. 1156), quando pontua ser justificável a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública” “quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar intranquilidade social em razão do justificado receio de que volte a delinquir”.

Em que pesem os sentidos atribuídos por Nucci e Avena para o conceito de “garantia da ordem pública”, Badaró (2020, p. 1172) alerta a vagueza e a indeterminação do conteúdo da locução. Demais disso, o processualista revela que a jurisprudência tem se utilizado de vários

significados, são exemplos: comoção social; periculosidade do réu; perversão do crime; insensibilidade moral do acusado; credibilidade da justiça; clamor público; repercussão na mídia; e preservação da integridade física do indiciado. O processualista ainda enuncia:

Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública [...] quando se prende para “garantir a ordem pública”, não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e a eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal (BADARÓ, 2020, p. 1172).

Nada obstante, há quem discorde de Badaró, opinando que o conceito de “ordem pública” em si não seria vago. Com efeito, seriam as decisões dos magistrados que decretam a prisão preventiva, muitas vezes, vagas. Assim, Rangel aduz:

Ordem pública não é um conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública. Quando o juiz diz que “decreta a prisão para garantia da ordem pública”, a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado (RANGEL, 2013, p. 796).

Apesar do entendimento acima, Lopes Júnior (2021, p. 722), assim como Badaró, também critica a expressão “garantia da ordem pública”, apontando que, quanto ao risco de reiteração delitiva, não estaria sendo atendido o processo penal, mas sim “uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”. Conclui o autor:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à *pseudotutela* do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível) Além de inexistir um *periculosômetro* (tomando emprestada a expressão de Zaffaroni), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 722).

Em harmonia com a explicação de Lopes Júnior, Choukr (2011, p. 79) considera a expressão “garantia da ordem pública” problemática. Ele afirma que a fórmula “difícilmente se coaduna com o texto constitucional em curso, sobretudo no cotejo com o princípio da presunção de inocência”. Rosa (2020, p. 462) acrescenta que “o fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável”, afinal de contas, todas as condutas criminalizadas alteram a “ordem social”.

Por último, Gomes Filho (1991, p. 66) é enfático ao apontar a inconstitucionalidade da “garantia da ordem pública” para decretação da prisão preventiva. Para ele, a locução não pode ser satisfatoriamente delimitada, tratando-se de “recurso retórico do legislador”, vez que não

possui sequer natureza cautelar. Entrementes, Lopes Júnior e Rosa (2019) advertem que acerca das prisões cautelares no Brasil:

[...] Prevalece a lógica de "defesa social", em que os pressupostos para o deferimento são manipulados por frases prontas, discursos alarmistas, sem vinculação concreta com o caso. A presunção de inocência exige que o acusado receba regra de tratamento como tal, pouco importando a probabilidade de ser condenado. Até o trânsito em julgado, a prisão poderá ser decretada em face exclusivamente de requisitos vinculados ao processo (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2019) (*grifos nossos*).

A despeito da sua contestável constitucionalidade, a prisão preventiva alicerçada na “garantia da ordem pública” padece de manifesta incompatibilidade com a jurisprudência da CtIADH, que somente autoriza a restrição da liberdade de maneira excepcional e para que sejam atingidos fins processuais (CIDH, 2017, p. 120).

Nesse enredo, entra em cena a CADH, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 1992. Na CADH, é previsto que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (Artigo 7.3) (BRASIL, 1992). Dessa maneira, para Mazzuoli, o órgão encarregado, por excelência, de interpretar a CADH é a CtIADH, posto que “tal é justamente a missão de um tribunal internacional de direitos humanos: cotejar o comando legislativo interno com o que dispõe a norma internacional de proteção, invalidando o primeiro por inconveniência, se for o caso” (MAZZUOLI, 2018, p. 40).

3 A NATUREZA EXCEPCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos – OEA foi criada em 1948 com a assinatura da Carta da OEA, em Bogotá, na Colômbia. É dizer: é através da OEA que surge o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos – SIDH – sendo digno de nota que esse sistema ganhou o reforço da CADH, aprovada em 1969 e em vigor desde 1978, quando atingiu o número de 11 ratificações (HEINTZE, 2009, p. 72).

É interessante destacar que é a CADH que define a estrutura e as funções básicas da CtIADH, não sendo a Corte de San José um órgão da OEA, mas uma ferramenta de fiscalização dos direitos humanos no continente americano. Consequentemente, o ano de criação da CtIADH é o ano de adoção da CADH (GALINDO, 2009, p. 199).

Quanto à internalização do principal tratado interamericano, na Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores – MRE, é trazida como justificativa para adesão do Brasil à CADH a participação ativa do país nos trabalhos preparatórios do Pacto de San José. Note-se que o documento redigido pelo então Ministro Olavo Setúbal acrescenta que “desde os anos quarenta, manifestou-se o Brasil em favor da proteção internacional dos direitos humanos” (BRASIL, 1992).

Entrementes, em que pese a alegada manifestação favorável aos direitos humanos por parte do Estado brasileiro, Peterke (2019) indica que a CADH “foi aprovada em uma época em que vários países centro e sul-americanos já tinham caído nas mãos brutas de juntas militares”, entre eles, o Brasil. Denotando a inconsistência do discurso da Exposição de Motivos do MRE, o autor continua:

A juridicamente tão manipulável “doutrina de segurança nacional” serviu como ferramenta para (mal) justificar a censura e repressão de forças opositoras e vozes críticas, não desejadas. Assim, violaram, sistematicamente, os direitos humanos de milhares de pessoas. Entre as vítimas, encontravam-se também centenas de docentes e discentes universitários. A maioria não podia contar, na hora em que precisava com a maior urgência, com a intervenção e proteção do judiciário, agora, alinhado ou, simplesmente, silenciado (PETERKE, 2019).

Alinhadas com o que fora pontuado por Peterke, Algayer e Noschang (2012, p. 215) esclarecem que “o Brasil não aderiu à democratização desde o princípio, nem mesmo se falou em proteção de direitos humanos tão cedo”. Para as autoras, foi somente com a queda do regime militar e a promulgação da CF/88 que o país se tornou receptivo ao desenvolvimento e à proteção dos direitos humanos (ALGAYER; NOSCHANG, 2012, p. 215).

Apresentado o contexto histórico do SIDH, é crucial explicitar que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH que detém a incumbência de “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente americano” (HEINTZE, 2009, p. 74). Em razão disso, em 2008, a Comissão, por meio da Relatoria Especial sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade, aprovou pela Resolução nº 01/2008 os “Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”. Com efeito, no item 2 do Princípio III, o documento revela:

A privação preventiva da liberdade, como medida cautelar e não punitiva, deverá ademais obedecer aos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, na medida estritamente necessária numa sociedade democrática, **que somente poderá proceder de acordo com os limites rigorosamente necessários para assegurar que não impeça o andamento eficaz das investigações nem se evite a ação da justiça, sempre que a autoridade competente fundamenta e ateste a existência, no caso concreto, dos referidos requisitos** (CIDH, 2008, p. 183) (*grifos nossos*).

Além do documento de “Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”, fora elaborado, em 2013, o “Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações”, visto que a CIDH também está habilitada a preparar relatórios dos Estados (Artigo 41, “c”, CADH) (BRASIL, 1992). Nele, a Relatoria se posiciona no seguinte sentido:

A natureza excepcional da aplicação da prisão preventiva, de acordo com critérios de necessidade e proporcionalidade, é um elemento que necessariamente deve estar presente em toda política criminal que leve em consideração os parâmetros do Sistema Interamericano [...] Quer dizer, estar em liberdade enquanto durar o processo penal é um direito do acusado, e apenas pode ser restringido de maneira excepcional e com estrito apego às normas estabelecidas nos instrumentos internacionais que o estabelecem. Não se trata, pois, de uma prerrogativa ou um benefício, mas sim um direito estabelecido para proteger bens jurídicos tão fundamentais como a liberdade, e, inclusive, a integridade pessoal (CIDH, 2013, p. 7).

Através do parecer produzido pela Relatoria da Comissão, foram sugeridas recomendações aos Estados membros da OEA, entre as quais, a adoção de medidas legislativas, judiciais e administrativas visando corrigir a aplicação excessiva da prisão preventiva. Outrossim, foi proposto aos Estados interamericanos a utilização de medidas cautelares diferentes da prisão preventiva (CIDH, 2013, p. 14).

Contudo, é incontroverso que as sugestões do referido órgão não ensejaram mudanças significativas no cenário brasileiro. Melhor dizendo, os dados do *Institute for Criminal Policy Research*, coletados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2015, expõem uma distorção: naquele ano, 37,5% da população privada de liberdade ainda não tinha sido condenada (MJSP, 2017).

Mais tarde, movida pelas ponderações do relatório de 2013, a Relatoria da CIDH, redigiu em 2017 o “Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas”. No documento, a Comissão consignou os seguintes quesitos: primeiro, a aplicação arbitrária da prisão preventiva é um problema crônico na região; segundo, a prisão preventiva deve se compatibilizar com os postulados da presunção de inocência, guardando, portanto, natureza excepcional; terceiro, a privação de liberdade da pessoa acusada deve ter caráter processual, ou seja, “assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do processo, nem se esquivará da ação da justiça” (CIDH, 2017, p. 13).

Para esse segundo relatório, a CIDH destacou expressamente que utilizou como suporte “os instrumentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sua jurisprudência, assim como o *corpus juris* internacional em matéria de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade” (CIDH, 2017, p. 31). Isto posto, acerca do ofício da CtIADH no SIDH, Mazzuoli introduz:

[...] **A Corte Interamericana, em seu papel de “intérprete última” da Convenção Americana**, emite também pareceres consultivos que devem ser (para além das sentenças) respeitados na órbita do direito interno, exatamente com o fim de auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2018, p. 51) (*grifos nossos*).

Prosseguindo, uma vez que Jayme (2005, p. 82) define a CtIADH como “órgão supremo da jurisdição internacional no Sistema Interamericano” – enfatizando a responsabilidade do tribunal em interpretar e aplicar as normas da CADH –, conclui-se que a essência do SIDH está contida na obrigatoriedade das decisões emanadas pela Corte de San José.

Dessa maneira, Mazzuoli (2018, p. 36) esclarece que a convencionalidade das leis deve ser controlada à luz de todo o *corpus juris* interamericano, ou seja, também da jurisprudência da CtIADH. Agregado a isso, “o controle de constitucionalidade das leis é menos amplo que o controle de convencionalidade, que pode ser exercido tanto por tribunais internos como por tribunais internacionais” (MAZZUOLI, 2018, p. 158). Em síntese, Armand-Ugón esclarece sobre o controle de convencionalidade:

a) consiste em verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados internacionais dos quais o Estado seja parte, a jurisprudência e as interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. b) é um controle que deve ser realizado de ofício por toda autoridade pública no âmbito de suas competências e não apenas pelo Poder Judiciário. c) **a sua execução pode implicar na supressão das normas contrárias à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou sua interpretação conforme**

a Convenção, dependendo das competências de cada autoridade pública³ (ARMAND-UGÓN, 2018, p. 81, tradução nossa) (*grifos nossos*).

Portanto, para aferir a convencionalidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, serão analisados a seguir três casos levados à Corte de San José: o caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005); o caso López Álvarez vs. Honduras (2006); e, finalmente, o caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009).

3.1 Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005)

Em 1992, Humberto Antonio Palamara Iribarne vivia na cidade de Punta Arenas, no Chile. Moravam com ele, a sua esposa e os seus três filhos. Naquela época, Palamara Iribarne escreveu o livro “*Ética y Servicios de Inteligencia*”. No entanto, para que fosse publicada a obra, as autoridades militares impuseram que deveria haver autorização da Marinha chilena (CTIADH, 2005, p. 20).

Dado que não solicitou autorização para publicar o livro, Palamara Iribarne foi acusado dos crimes de desobediência, descumprimento dos deveres militares e desacato, perante a justiça militar (BARLETTA, 2014, p. 77). Sucedeu que, em março de 1993, o chileno foi preso por oficiais militares, sem que lhe tivesse sido informada a razão da prisão. Nessa ocasião, logo após prestar declarações, foi solto.

Quinze dias depois, Palamara Iribarne foi novamente preso, permanecendo recluso preventivamente por dez dias. Dessa vez, após ser colocado em liberdade, o acusado concedeu entrevistas à imprensa local criticando a discriminação que vinha sofrendo da Marinha chilena.

Frente a isso, as autoridades militares entenderam as opiniões de Palamara Iribarne como ofensa à imagem da instituição, motivo pelo qual foram imputados novos delitos de desobediência, dessa vez acompanhados de uma ordem de prisão preventiva. Sublinhe-se que, na legislação chilena, os delitos de desobediência e descumprimento dos deveres militares eram previstos nos Arts. 299, 336 e 337 do Código de Justiça Militar. Por sua vez, o crime de desacato – hoje derogado – era previsto no Art. 263 do Código Penal, que dizia:

Art. 263 Quem, de fato ou de palavra, ofender gravemente o Presidente da República, ou qualquer dos órgãos legislativos ou das suas comissões, quer nos atos públicos em que os representam, quer no exercício das suas atribuições particulares, ou aos

³ No original: “a) *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás practicas internas con la CIDH, los demás tratados interanacionales de los cuales el Estado sea parte, la jurisprudencia y las interpretaciones de la Corte IDH* b) *Es un control que debe ser realizado ex officio por toda la autoridad pública en el ámbito de sus competencias y no solamente por el Poder Judicial* c) *Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CIDH o bien su interpretación conforme a la CIDH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública*”.

tribunais superiores de justiça, será punido com pena de prisão menor em sua média a máxima e multa de cem a mil pesos. Quando as lesões são leves, as penas serão de reclusão menor em seu grau mínimo e multa de cem a quinhentos pesos, ou simplesmente a última⁴ (REPÚBLICA DO CHILE, 1874, tradução nossa).

Paralelamente, tendo como subterfúgio o ordenamento jurídico fascista italiano, Gloeckner (2018, p. 255) considera próprio de sistemas autoritários a introdução de fatos típicos que visam tutelar a “honra da nação e das instituições nacionais”. Seguindo essa concepção, “o delito nascerá do dever dos súditos de obediência ao Estado” (GLOECKNER, 2018, p. 215).

Em razão do suposto cometimento dos delitos de desobediência e desacato, o chileno Palamara Iribarne foi condenado às “penas de prisão militar, perda do *status* de militar, suspensão do cargo ou ofício público pelo tempo de duração da condenação e ao confisco do material apreendido” (BARLETTA, 2014, p. 78).

Nessa esteira, em 1996, o *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* – CEJIL ofereceu denúncia contra a República do Chile na CIDH, que em 2001 declarou o caso admissível. Foi então que, em 2004, após o vencimento do prazo para o Estado chileno apresentar informações sobre as recomendações emitidas pela Comissão, a Comissão submeteu o caso à CtIADH.

Isto posto, o processo na Corte de San José findou em 2005 com a condenação do Estado demandado nos seguintes quesitos: violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão (Artigo 13, CADH); violação do direito à propriedade (Artigo 21.1, CADH); violação das garantias judiciais (Artigo 8, CADH); violação do direito de proteção judicial (Artigo 25, CADH); e violação do direito à liberdade (Artigo 7, CADH) (BRASIL, 1992) (CTIADH, 2005, p. 2). Por fim, a indenização em favor de Palamara Iribarne foi fixada no valor de onze mil dólares (CTIADH, 2005, p. 99).

À par do direito de liberdade de pensamento e de expressão e do direito de propriedade, ambos também considerados violados pela CtIADH, interessa para o desenvolvimento da pesquisa, a discussão acerca das violações dos Artigos 7 e 8, relativas à arbitrariedade da prisão preventiva aplicada contra Palamara Iribarne. Quanto a estas violações, as considerações da Corte são as seguintes:

A Corte tem estabelecido em sua jurisprudência que as medidas cautelares que afetam, entre outras, a liberdade pessoal do acusado tem um caráter excepcional, já que se encontram limitadas pelo direito da presunção de inocência e pelos princípios da

⁴ No original: “Art. 263 *El que de hecho o de palabra injuriare gravemente al Presidente de la República, o a alguno de los cuerpos colegisladores o a las comisiones de éstos, sea en los actos públicos en que los representan, sea en el desempeño de sus atribuciones particulares, o a los tribunales superiores de justicia, será castigado con reclusion menor en sus grados medio a máximo i multa de ciento a mil pesos*”.

legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis para uma sociedade democrática⁵ (CTIADH, 2005, p. 88, tradução nossa).

Na interpretação da CtIADH, a CADH somente autoriza a prisão preventiva, quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: a existência de indícios suficientes que permitam supor a culpabilidade do acusado; e quando estritamente necessário para assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento das investigações, nem se esquivará da ação da justiça (CTIADH, 2005, p. 88).

É relevante trazer à baila que a preocupação com a liberdade pessoal dos latino-americanos não é recente. Ressalte-se que, já nos trabalhos preparatórios da CADH, o delegado do Equador sugeriu que o Artigo 7 da Convenção fosse iniciado com a fórmula “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais⁶” (OEA, 1969, p. 180, tradução nossa).

Dessa forma, a proposta teve a concordância expressa dos delegados da Costa Rica e do Brasil, acabando por ser aprovada no projeto final da CADH. Demais disso, o delegado de El Salvador indicou que à época os casos mais frequentes de violação à liberdade pessoal na América Latina se referiam às detenções arbitrárias e ilegais (OEA, 1969, p. 184).

Finalizando, constatando que o problema das prisões arbitrárias é antigo, a Corte de San José concluiu que o Estado chileno, em virtude das prisões preventivas aplicadas em desfavor de Palamara Iribarne, violou os Artigos 7 e 8 da CADH. Em consequência disso, determinou que o Chile procedesse com a reforma ou modificação das normas domésticas que fossem contrárias aos padrões internacionais em matéria de direitos humanos, especialmente o Art. 263 do Código Penal (CTIADH, 2005, p. 102).

3.2 Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)

No dia 27 de abril de 1997, o Departamento de Investigação Criminal – DIC hondurenho recebeu uma ligação de pessoa anônima que afirmou que determinado indivíduo “era vendedor de cocaína em grande quantidade” e que ele “se encontraria com duas pessoas na praia” (CTIADH, 2006, p. 21). Posteriormente, nas proximidades do Hotel Puerto Rico, os agentes do DIC detiveram o indiciado.

Coincidentemente, Alfredo López Álvarez e Luis Ángel Acosta – mecânico contratado para consertar o veículo de López Álvarez – se encontravam perto do Hotel em que o indivíduo

⁵ No original: “La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado 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, indispensables en una sociedad democrática”.

⁶ No original: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

foi preso. Tal fato ensejou a revista por parte dos agentes do DIC no carro em que ambos viajavam. Nisso, foram confiscados dois pacotes que continham um pó branco, aparentando se tratar de drogas ilícitas (BARLETTA, 2014, p. 89).

A partir daí, foram extensas as violações de direitos humanos contra López Álvarez – cidadão hondurenho, que vivia à época dos fatos na aldeia de Triunfo de La Cruz, cidade de Tela. No caso vertente, a vítima foi obrigada “a se deitar no chão e alguns agentes ficaram em pé sobre suas costas” (CTIADH, 2006, p. 21). Demais disso, López Álvarez sofreu coação para assumir a culpa no cometimento do crime.

Em maio de 1997, foi expedido mandado de prisão preventiva contra o hondurenho como incurso no crime de posse e tráfico ilícito de entorpecentes. Frise-se que, antes disso, a vítima já tinha permanecido detida inicialmente na sede do DIC; depois, no Juizado de Letras Seccional de Tela; e por fim, no Centro Penitenciário de Tela (CTIADH, 2006, p. 30). Com o cumprimento do mandado, López Álvarez foi transferido para Penitenciária Nacional de Támara.

Ao todo, a vítima permaneceu privada da liberdade seis anos e quatro meses, até ser absolvida em 2003, em virtude de insuficiência de provas. Acontece que a remoção para análise dos pacotes confiscados não respeitou a cadeia de custódia, e além disso, quando da realização do laudo toxicológico, o resultado foi negativo para substância entorpecente. Disso se conclui que até mesmo o que se considera “evidente” necessita ser provado, uma vez que “a verdade deve ser construída, não se constituindo apenas pela evidência” (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 696).

Por conta dos fatos expostos, ainda em 2000, a Organização Fraternal Negra Hondurenha – OFRANEH ofereceu denúncia contra a República das Honduras na CIDH, que em 2001 declarou o caso admissível. Em 7 de julho de 2003, a CIDH apresentou a demanda na CtIADH, anexando prova documental e sugerindo prova testemunhal e pericial (CTIADH, 2006, p. 3).

Em 2006, com o fim do processo internacional, a sentença da Corte de San José decretou a violação por parte do Estado demandado dos seguintes direitos de López Álvarez: direito à liberdade (Artigo 7, CADH); direito à integridade pessoal (Artigo 5, CADH); direito às garantias judiciais e à proteção judicial (Artigos 5 e 25, CADH); e direito à liberdade de pensamento e de expressão e à igualdade perante à lei (Artigos 13 e 24, CADH) (CTIADH, 2006, p. 68). À título de indenização, a República das Honduras foi condenada a pagar dez mil dólares à vítima (CTIADH, 2006, p. 66). Mais uma vez, a CtIADH foi enfática no que cinge à matéria da prisão preventiva:

Do artigo 7.3 da Convenção se observa a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem esquivará a ação da justiça. **As características pessoais do suposto autor e a gravidade do crime do qual é acusado não são, por si mesmos, justificativas suficientes para a prisão preventiva.** A prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva. Viola-se a Convenção quando se priva de liberdade, durante um período excessivamente prolongado, e, portanto, desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida. Isso equivale a antecipar a pena⁷ (CTIADH, 2006, p. 39, tradução nossa) (*grifos nossos*).

Doravante, vislumbra-se que a decisão da CtIADH colide com a compreensão de Nucci (2016, p. 915), que, como já visto alhures, concebe ser possível a prisão preventiva quando o crime for “grave, de particular repercussão”. A bem da verdade, a concepção mais coerente com a jurisprudência da Corte Regional de San José é a de que a locução “garantia da ordem pública” – dada a sua maleabilidade – permite ser manipulada fazendo incluir condutas que não são merecedoras da prisão provisória (SOUZA, 2016, p. 83). Continuou aduzindo a CtIADH:

Fundamentar a prisão preventiva exclusivamente na gravidade do crime (que se afirmou ter sido) cometido, na reprovação que (eventualmente) merece o (suposto) autor e na pena (que seria) aplicável, sem considerar - porque a própria lei elimina a possibilidade de fazê-lo - outros dados que permitam avaliar sua procedência em concreto, para o devido amparo, também em concreto, dos fins que a legitimam, viola flagrantemente a presunção de inocência, implica um (pré)juízo antecipado à sentença (a que se confere, muito antes de que se pronuncie, caráter condenatório) e antecipa, manifestamente, a imposição da pena. Com isso se torna arbitrária, apesar de que seja legal⁸ (CTIADH, 2006, p. 6, tradução nossa).

Cinco anos após a decisão, Prado (2011, p. 106) apontou a importância do julgamento da CtIADH no caso *López Álvarez vs. Honduras*. Para o autor, a sentença explicitou a importância da tutela da liberdade, excetuando-a unicamente quando há embaraço à colheita de provas ou prejuízo para o processo.

⁷ No original: “*Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena*”.

⁸ No original: “*Fundar la prisión preventiva exclusivamente en la gravedad del delito (que se dice) cometido, en el reproche que (eventualmente) merece el (supuesto) autor y en la pena (que sería) aplicable, sin considerar -- porque la propia ley elimina la posibilidad de hacerlo-- otros datos que permitan valorar su procedencia en concreto, para el debido amparo, también en concreto, de los fines que la legitimam, contraviene flagrantemente la presunción de inocencia, implica un (pre)juicio anticipado a la sentencia (a la que se confiere, mucho antes de que se pronuncie, carácter condenatorio) y adelanta manifestamente la imposición de la pena. Con ello deviene arbitraria, aunque sea legal*”.

Sublinhe-se que, tratando-se do CPP brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – STF editou as Súmulas 718⁹ e 719¹⁰. Ambas demonstram que a imputação, em abstrato, não é justificativa plausível para coação à liberdade pessoal do indivíduo, pelo que não merece subsistir a gravidade do crime como critério ensejador da prisão preventiva (ROSA, 2020, p. 462).

Fica manifesto, seguindo-se os parâmetros da CADH, que a falta de materialidade do crime de tráfico de drogas – repise-se, no caso em cotejo, o laudo toxicológico foi negativo para substância entorpecente – não deveria ter cedido ante à gravidade do crime para que tivesse sido autorizada a prisão preventiva de López Álvarez, posto que essa opção, evidentemente, feriu a presunção de inocência da vítima (CTIADH, 2006, p. 45).

3.3 Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)

Em 1989, Oscar Enrique Barreto Leiva, então diretor geral setorial de administração e serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República, foi condenado por crimes contra o patrimônio público em consequência da sua gestão no cargo supracitado. A pena do venezuelano restou sentenciada em um ano e dois meses de prisão.

No caso em análise, a vítima permaneceu presa preventivamente por um ano, dois meses e dezesseis dias, ou seja, acabou ficando mais tempo do que deveria privado da sua liberdade. Dadas essas circunstâncias, em 9 de agosto de 1996, foi apresentada petição perante à CIDH que, no ano de 2008, declarou o caso admissível. Posteriormente, a Comissão submeteu a querela à CtIADH, tendo como parte adversa a República Bolivariana da Venezuela (CTIADH, 2009, p. 2).

Ao final, a CtIADH entendeu que houve violação por parte do Estado venezuelano dos direitos de Barreto Leiva concernentes à liberdade pessoal (Artigo 7, CADH) e às garantias judiciais (Artigo 8, CADH). Quanto à indenização, foi fixado o montante de quinze mil dólares devidos à vítima (CTIADH, 2009, p. 28).

Compreendeu-se que a detenção preventiva do venezuelano foi arbitrária, visto que decretada “com base exclusivamente em indícios de culpabilidade [...], sem nenhuma

⁹ Súmula 718-STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena aplicada.

¹⁰ Súmula 719-STF: A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

motivação sobre os fins processuais que perseguia a aplicação desta figura¹¹” (CTIADH, 2009, p. 23, tradução nossa). Nessa senda, destacou a Corte de San José:

A Corte estabeleceu que para restringir o direito à liberdade pessoal através de medidas como a prisão preventiva devem existir indícios suficientes que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida ao processo participou do ilícito que se investiga. No entanto, “ainda verificado este requisito, a privação de liberdade do acusado não pode se fundamentar em fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais atribuíveis à pena, **mas apenas se pode fundamentar [...] em um fim legítimo, a saber: assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do processo nem esquivará a ação da justiça**¹² (CTIADH, 2009, p. 21, tradução nossa) (*grifos nossos*).

Mais uma vez, do mesmo modo que restou consignado nas duas decisões anteriores, a CtIADH salientou que a prisão preventiva somente poderá ser decretada com o intuito de atingir fins eminentemente processuais. Nesse espeque, para o SIDH, a prisão provisória deverá ser entendida como uma exceção, nunca como uma regra (CTIADH, 2009, 22).

Por essa razão, Casal (2014, p. 189-190) sustenta que a lesão ao direito à liberdade pessoal se produz sob uma ótica material, ou seja, quando a privação da liberdade carece de justificação. O autor acrescenta que a falta de razoabilidade e de proporcionalidade da privação da liberdade conduz que, ainda que fundamentada na lei, a prisão não seja realmente necessária.

Referente ao Artigo 8.2 – que materializa a presunção de inocência na CADH –, faz-se pertinente apontar que, nos trabalhos preparatórios da Convenção, o delegado de El Salvador o tratou como garantia mínima, sugerindo que a redação do artigo fosse “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, o que é uma garantia mínima do acusado¹³” (OEA, 1969, p. 192, tradução nossa). Embora a proposta não tenha sido recepcionada, é insuspeita a posição da CADH em prol dos direitos humanos dos acusados em processo penal.

De maneira assertiva, quanto ao caso Barreto Leiva vs. Venezuela, a CtIADH ainda ordenou a adequação do direito doméstico às normas convencionais, levando em conta que, no tempo em que o fato ocorreu, o Art. 182 do CPP venezuelano permitia a prisão preventiva desde que houvesse “indícios fundamentados de culpabilidade” (CTIADH, 2009, p. 28).

¹¹ No original: “Sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad [...], sin motivación alguna sobre los fines procesales que perseguía la aplicación de dicha figura”.

¹² No original: “La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.

¹³ No original: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad, lo cual es una garantía mínima del procesado”.

Ora, a presença da presunção de inocência (Artigo 8.2) na CADH conduz que o princípio seja interpretado para além de uma regra de julgamento (“*in dubio pro reo*”), mas, também, como um dever de tratamento. No percurso desse raciocínio, a prisão preventiva “exige fim processual (e não material), de cunho excepcional, proporcional e provisório (CPP, Art. 282)” (ROSA, 2020, p. 449), razão pela qual de fato houve violação das garantias judiciais de Barreto Leiva na detenção autorizada pelo CPP venezuelano.

4 A QUEM INCUMBE CONTROLAR A CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL?

Antes de apontar as autoridades competentes para controlar a convencionalidade da prisão preventiva, torna-se indispensável identificar alguns obstáculos que tornam a tarefa de democratizar o processo penal brasileiro mais dificultosa: inicialmente, a ideologia do CPP brasileiro ultrapassa os artigos legais e “contamina a doutrina, a jurisprudência, a política criminal, além é claro, da conduta dos representantes do Estado. O ensino jurídico segue a mesma toada, reproduzindo discursos anacrônicos e acrílicos” (GLOECKNER, 2018, p. 392).

Como se não bastasse, a estrutura processual herdada do *Codice Rocco* se manteve, e apesar das sucessivas reformas legislativas pontuais, teve agravado o quadro autoritário (GLOECKNER, 2018, p. 471). Dessa forma, é simbólico constatar que o autoritarismo processual penal brasileiro pôde ser resignificado, de modo que o advento da CF/88, caracterizada inclusive pelo seu viés garantista, foi “insuficiente para conter as permanências herdadas do inquisitorialismo cultural italiano” (GLOECKNER, 2018, p. 330). Tal como Gloeckner, Casara (2019, p. 73) alerta para a tradição autoritária do Brasil, também realçando a inaptidão da CF/88 em extirpar essa herança.

Conquanto, se a CF/88 foi incapaz de afastar as raízes autoritárias do CPP brasileiro de 1941 através do mecanismo do controle de constitucionalidade, surge como alternativa o SIDH, ou seja, a “obrigação convencional [...] de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos [na CADH] e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição” (MAZZUOLI, 2018, p. 35). Nesse sentido, esclarece Mazzuoli:

Para a Corte Interamericana, o juiz nacional, como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a normativa doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte) (MAZZUOLI, 2018, p. 36).

Isto posto, o controle de convencionalidade pode ser dividido em internacional – quando realizado pelas cortes internacionais – e interno – quando levado a cabo pelos juízes e tribunais nacionais, que exercem um “controle primário” (MAZZUOLI, 2018, p. 29). Seguidamente, o objeto do controle de convencionalidade são as convenções internacionais de direitos humanos vigentes e ratificadas no Estado.

Dito isso, para Mazzuoli (2018, p. 36), os órgãos competentes para controlar a convencionalidade das leis são o Poder Judiciário interno e os tribunais internacionais. Frise-se que, para o autor internacionalista, os juízes atuam diretamente – posto que dispensável o

requerimento do interessado – e independentemente de autorização constitucional ou legislativa para tanto.

Todavia, a posição acima citada não é uníssona, já que Ramos (2012, p. 251) afirma que “o autêntico controle de convencionalidade é aquele realizado no plano internacional”. No raciocínio de Ramos (2003, p. 86), o controle de convencionalidade pelos juízes nacionais seria questionável, por estabelecer, na sua interpretação, o *judex in causa sua*. Desse modo, questionar-se-ia a imparcialidade dos magistrados nacionais, que tenderiam a julgar sempre em favor do Estado.

Além disso, Armand-Ugón (2018, p. 82), adotando uma concepção positivista, põe em xeque a obrigação dos juízes nacionais de aplicar as interpretações e a jurisprudência da CtIADH, posto que, na compreensão da jurista, esse dever não teria origem na Convenção. Posto isso, a autora justifica:

A relevância e a obrigação de realizar o controle de convencionalidade não podem ser negadas considerando a CADH e outros tratados. Esse controle é uma ferramenta importante para garantir o respeito ao direito internacional dos direitos humanos que é imposto aos sistemas jurídicos nacionais. **No entanto, afirmar que esse controle atinge também a obrigatoriedade da jurisprudência e das interpretações da Corte Interamericana seria ir além do que diz a letra do tratado**¹⁴ (ARMAND-UGÓN, 2018, p. 82, tradução nossa) (*grifos nossos*).

Em contrapartida ao pensamento acima citado, Mitidiero (2021, p. 42) ensina que “só há norma interpretada, a norma é o resultado da interpretação”. Para o processualista, a atividade de interpretar o direito é prioritária porque quando ausente a interpretação, não há norma (MITIDIERO, 2021, p. 45). Semelhante com esse entendimento, é o raciocínio de Eros Grau, que explana:

O fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma, estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade (GRAU, 2021, p. 18).

Acompanhando esse mesmo ponto de vista, Mazzuoli (2018, p. 121) lembra que as decisões da própria CtIADH convergem no sentido de que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judiciário interno de maneira primária e utilizando a

¹⁴ No original: “No puede negarse la pertinencia y la obligación de realizar el control de convencionalidad considerando la CIDH y demás tratados. Este control es una herramienta importante para asegurar el respeto a ese derecho internacional de los derechos humanos que se impone a los ordenamientos nacionales. Sin embargo, afirmar que este control alcanza también la obligatoriedad de la jurisprudencia y de las interpretaciones de la Corte IDH, sería sobrepasar lo que dice la letra del tratado”.

jurisprudência do tribunal, ainda que a CtIADH seja a “intérprete última” da CADH. Na mesma acepção, segue a sentença do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo**¹⁵ (CTIADH, 2006, p. 52, tradução nossa) (*grifos nossos*).

Some-se a isso a previsão do Art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969 (BRASIL, 2009), que expressamente aduz que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Nessa esteira, os juízes dos Estados membros da OEA estão submissos a respeitar a CADH, incluindo-se a interpretação reiterada que a CtIADH faz do diploma interamericano, isto é, a jurisprudência da Corte de San José.

Destarte, recapitulando os tópicos anteriores, no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, a CtIADH concluiu que a ofensa às instituições não é, por si só, um critério ensejador da detenção cautelar; no caso *López Álvarez vs. Honduras*, a Corte de San José asseverou que a gravidade do crime não é um requisito hábil para decretação da prisão preventiva; e por fim, no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, se concluiu que a prisão provisória deve ser motivada e ter um fim processual. Pelo que foi argumentado, é pressuposta a inconventionalidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública”, como trazido pelo Art. 312 do CPP, em razão da natureza vaga e abstrata do conceito.

Abreviadamente, para a CtIADH é plausível a prisão preventiva apenas para que sejam atingidos fins processuais, quer dizer, para garantir que o acusado não obste o desenvolvimento do processo (através da coação de testemunhas), nem se esquive da ação da justiça (quando

¹⁵ No original: “*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.

houver risco de fuga) (CTIADH, 2009, p. 21). Afora esses fundamentos, a prisão é arbitrária e, como tal, deve ser controlada pelos juízes brasileiros *prima facie*.

A Recomendação nº 123 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ corrobora essa posição. Nela, o presidente do CNJ recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da CtIADH. Segue o Art. 1º, I, da Recomendação em comento:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a **utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas** (CNJ, 2022) (*grifos nossos*).

Em conclusão, é oportuno enfatizar que Cançado Trindade (2003, p. 625) manifesta que os obstáculos relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são jurídicos, mas oriundos da carência de animosidade do Poder Judiciário de fazer cumprir as normas convencionais. Além disso, pode-se agregar a ingenuidade da crença na “redemocratização” das práticas punitivas presentes no CPP, que guardam evidente espírito autoritário (GLOECKNER, 2018, p. 483).

5 METODOLOGIA

No que toca ao método de abordagem da presente pesquisa, adotou-se o método indutivo. Assim, as conclusões não foram buscadas aprioristicamente, uma vez que elas resultaram da observação de repetidos fenômenos que confirmaram a resposta para a problemática (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 62).

Com efeito, da análise da jurisprudência da CtIADH, torna-se cartesiana a inconveniência da “garantia da ordem pública” como fundamento para as medidas cautelares que ensejam a coação à liberdade pessoal do indivíduo, à exemplo da prisão preventiva, prevista no Art. 312 do CPP brasileiro.

Destarte, Palma, Feferbaum e Pinheiro (2019, p. 103) alertam que “o que caracteriza um estudo de jurisprudência é o fato de a pergunta de pesquisa apenas poder ser respondida por meio da análise de julgados”. Ao mesmo tempo, os autores recobram que “embora sejam as principais fontes de pesquisa, não se faz uma pesquisa de jurisprudência apenas com julgados”.

É nesse contexto que se fez necessária a revisão bibliográfica acerca da origem do processo penal brasileiro e do SIDH. Nesse ponto, com o auxílio dos métodos de procedimento explicativo, histórico e comparativo, discutiu-se preliminarmente as definições de “garantia da ordem pública”, locução impregnada com a mentalidade da ideologia da defesa social.

Além disso, acompanhando a evolução do objeto de pesquisa através da história (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 89), delineou-se as raízes do CPP brasileiro, com forte influência do CPP italiano gestado no curso do fascismo. Isto é, entendendo o contexto histórico em que nasceu o CPP permitiu-se compreender a presença de marcas autoritárias que em nada se harmonizam com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Por último, no que cinge ao método comparativo, foram confrontados os trabalhos preparatórios da CADH e as decisões da CtIADH – que formam a jurisprudência da Corte – com o Art. 312 do CPP brasileiro, especialmente no tocante à locução “garantia da ordem pública” que serve de hipótese para fundamentar a prisão preventiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou evidenciar a inconveniência da locução “garantia da ordem pública” como critério fundamentador da prisão preventiva, hipótese de prisão cautelar prevista no Art. 312 do CPP brasileiro. Explica-se: por atender a fins extraprocessuais, a prisão preventiva nesses casos é incompatível com a jurisprudência da CtIADH, principal intérprete da CADH.

Desse modo, ao longo do trabalho, fora apresentada a origem do CPP brasileiro, que remonta ao CPP italiano fascista. Claramente avesso à garantia de direitos, o CPP italiano tinha como norteador a “revolução espiritual” em curso no país europeu: o fascismo. No Brasil, o CPP tinha como objetivo o confronto com os “obsoletos escrúpulos formalistas”.

Ideólogo do CPP brasileiro, Francisco Campos não negou o autoritarismo da legislação, limitando-se a conciliar os seus elementos autoritários com a existência de um pretense Estado Democrático. Nada obstante, o transporte da ideologia fascista italiana para o Brasil representou tanto uma investida contra as nulidades processuais, como a inserção da ideologia da defesa social.

Nessa esteira, a ideologia supramencionada retirou o protagonismo da pessoa humana e o transmitiu para a figura do Estado, razão pela qual as garantias dos indivíduos foram dirimidas em prol da “defesa da sociedade”. Com isso, inseriram-se conceitos genéricos nas legislações penais e processuais penais, uma vez que os discursos autoritários delimitam as suas próprias fronteiras.

Entre estes conceitos, está o de “garantia da ordem pública”, posto que por ser um termo volátil atende a diversos significados, dentre eles: a reiteração delitiva; a credibilidade das instituições; a brutalidade do crime; a integridade física do acusado, *etc.* Evidentemente, a maleabilidade do conceito torna claro que o propósito da prisão nesses casos é a antecipação da pena (fim extraprocessual), não se fundamentando na natureza cautelar de assegurar o regular andamento da ação penal.

Continuamente, uma vez que a promulgação da CF/88 não foi suficiente para afastar as marcas autoritárias do CPP, tornou-se necessário analisar a compatibilidade da prisão preventiva com fundamento na “garantia da ordem pública” com o SIDH. Para tanto, observou-se, não somente os documentos relativos aos trabalhos preparatórios da CADH, mas, também, três casos julgados pela CtIADH, foram eles: caso Palamara Iribarne *vs.* Chile (2005); caso López Álvarez *vs.* Honduras (2006); caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela (2009).

No caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, concluiu-se que a ofensa às instituições não é um critério hábil para decretação da prisão preventiva. Por sua vez, a CtIADH estabeleceu que as medidas cautelares que afetam a liberdade pessoal devem ser excepcionais, de modo que para serem estabelecidas são necessários fundamentos razoáveis.

Em *López Álvarez vs. Honduras*, fora novamente destacado que a prisão provisória deve ser imposta em última hipótese. Além disso, consignou-se que a gravidade do crime não justifica a coação à liberdade pessoal do indivíduo, que só poderá ser praticada quando houver prejuízo para o processo ou embaraço na colheita de provas.

Em *Barreto Leiva vs. Venezuela*, a Corte de San José aduziu que a prisão preventiva não deve ser uma regra, mas uma exceção. Levando em consideração que para validade da detenção cautelar deverão ser atendidos fins eminentemente processuais, a prisão preventiva autorizada pelo CPP venezuelano através de “indícios fundamentados de culpabilidade” não deveria subsistir face à presunção de inocência como dever de tratamento.

À guisa de conclusão, referente a qual seria o órgão responsável pelo controle de convencionalidade da prisão preventiva no Brasil, fora exposto que dividem-se dois entendimentos: o primeiro, que tem Mazzuoli como precursor, avaliza aos juízes nacionais a tarefa de controlar a convencionalidade das leis; o segundo, entretanto, tendo Ramos como principal expoente, entende que somente à CtIADH incumbe o controle de convencionalidade.

Todavia, a própria Corte opta pelo primeiro entendimento (caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*), que também é corroborado pela Recomendação nº 123 do CNJ. Sendo assim, em arremate, caberia aos juízes brasileiros controlar a arbitrariedade das prisões, quando elas não se fundamentarem nos fins processuais exigidos pela CADH.

REFERÊNCIAS

ALGAYER, Kelin Kássia; NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 211-226, jul/dez, 2012.

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ARMAND-UGÓN, Sofía Maruri. El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, n. 34, p. 79-88, 2018. Disponível em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2019/02/5.-Doctrina-El-Control-de-Convencionalidad-Sofia-Maruri.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. 435f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 27, de 1992. **Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-exposicaodemotivos-143572-pl.html>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 03 dez. 2021.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CASAL, Jesús María. Artículo 7. Artículo 7. Derecho a libertad personal. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (coord.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CIDH. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. Disponível em: <https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.

CIDH. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, 2017**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/prisaopreventiva.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

CIDH. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações**, 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/pp1/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

CNJ. Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022. **Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/196716/2022_rec0123_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 fev. 2022.

CTIADH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

CTIADH. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

CTIADH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em 24 nov. 2021.

CTIADH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.** Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia. **Código Penal de 1875.** Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=1875-03-01>. Acesso em: 24 nov. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual:** Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 42.ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e procedimentos no sistema interamericano. In: PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista brasileira de direito processual penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/8>. Acesso em: 21 out. 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência.** São Paulo: Saraiva, 1991.

HEINTZ, Hans-Joachim. Proteção regional dos direitos humanos. In: PETERKE, Sven (org.). **Manual prático de direitos humanos internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas.** New York: Russel and Russel, 1942.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. **Consultor Jurídico**, maio, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em: 02 fev. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: Emais, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MJSP. **Levantamento nacional de informações penitenciárias, Infopen – dezembro de 2015**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OEA. **Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (7-22 de noviembre de 1969)**. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/actas-conferencia-interamericana-derechos-humanos-1969.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PETERKE, Sven. O 50º aniversário da Convenção Americana de Direitos Humanos. **Prim@ Facie**, v. 18, 2019. Disponível em: <https://periodicos3.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/50983/29633>. Acesso em: 08 fev. 2022.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (org.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 7, p. 81-100, abr/jun, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe qual o efeito placebo da prisão cautelar irrestrita?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil**. Florianópolis: Emais, 2018.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 65-88, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. III**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.