

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

THAYARA SILVA CASTELO BRANCO

HOMERO LAMARÃO NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Thayara Silva Castelo Branco

Homero Lamarão Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-828-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal II”, coordenado pelos Professores Doutores Homero Lamarão Neto e Thayara Castelo Branco, realizado no XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de Belém/PA, dentre os seus 20 trabalhos apresentados, discutiu as mais diversas problemáticas e densidades que permeiam o tema, num debate acadêmico de alta qualidade e grande produtividade.

O primeiro trabalho que ora se apresenta é da autora Verena Holanda de Mendonça Alves, intitulado “como governar com a polícia”. A autora destaca que seus estudos são focados na polícia pública como controle social, desenvolvidos no seu doutorado. Tem como objetivo o que seria governança e a forma como esta se dá pelo controle da polícia. Para tanto, expõe as formas pelas quais uma polícia poderia ser estruturada dentro de um território nacional, apontando para a relevância da autorização seletiva concedida pela lei penal. Após, vislumbra o papel essencial da razoabilidade nesta equação problemática. Por fim, conclui pela necessidade de repensar o governo com o fim de atender os anseios democráticos.

O segundo trabalho destes anais é da autora Luciana de Souza Ramos, com o tema “KOSI EJE KOSI ORISA – Racismo religioso e criminalização das religiões de matriz africana no projeto de lei nº 230/1999”. Ela nos provoca sobre a dimensão do racismo religioso e o processo de criminalização contra as religiões de matriz africana, pela imolação de animais, a partir do Projeto de Lei 230/1999. Destaca que a tensão gira em torno dos direitos dos animais e a utilização dos mesmos em rituais religiosos, mas enfatiza que as religiões africanas entendem que o animal é uma forma de agradecimento ao animal e ele não é entendido de forma sacrificial. O projeto de lei 230/1999 visa proteger os direitos dos animais, mas criminaliza o povo de religião de matriz africana sem conhecimento profundo sobre essa questão cultural. Outra problematização que a autora faz é o enfrentamento dos conflitos por vias penais, com produções legislativas que afetam de forma real a vida das pessoas vulneráveis atingidas por esse populismo punitivo.

O terceiro trabalho tem como título “a invisibilidade das mulheres egressas do sistema prisional no acesso ao direito social à moradia”, de Amanda D’Andréa Löwenhaupt e Vanessa Aguiar Figueiredo. O texto objetiva tratar sobre a dificuldade de acesso ao direito à moradia por mulheres egressas do sistema penitenciário. Para isso, aborda sobre o tratamento jurídico do direito social à moradia, posteriormente sobre a mulher egressa do sistema

prisional e sua situação de vulnerabilidade e sobre a invisibilidade das mulheres egressas do sistema prisional no acesso ao direito social à moradia.

O quarto trabalho trata sobre “A questão prisional no Brasil - entre o panóptico e a rebelião”, de autoria de Mônica Nazaré Picanço Dias. O objetivo do texto é efetuar um gesto de reflexão sobre a teoria foucaultiana que pensa sobre a instituição prisional. Elenca os principais itens que guiam o pensamento de Foucault, sobretudo a partir da teoria do Panóptico, que nos levam a analisar, de forma breve, o significado da rebelião X massacre nas instituições prisionais manauaras. Com isso, procura contribuir para um debate que se faz urgente, da mesma forma que procura apontar caminhos para posteriores pesquisas neste tema.

O quinto trabalho é dos autores Luciano Zanetti e Matheus Felipe de Castro, com o tema sobre a “A impossibilidade jurídica do prévio estabelecimento da pena nos acordos de colaboração premiada regidos pela lei 12.850/2013 – estudo de caso da petição 7.265 DF – Supremo Tribunal Federal”. O artigo apresenta como tema a colaboração premiada disciplinada pela Lei 12.850/2013. O problema de pesquisa questiona, a partir do caso em estudo, a prática de, nos acordos de colaboração premiada, antecipadamente ser estabelecida a pena a ser cumprida pelo colaborador. A hipótese é que a Constituição Federal de 1988, na qualidade de regente dos sistemas penal e processual penal brasileiros, não admite essa antecipação. O objetivo é verificar se é juridicamente possível a prévia fixação de sanção penal ao colaborador nos acordos de colaboração premiada.

O sexto trabalho trata das “perspectivas para uma justiça restaurativa pensada desde a margem da realidade do sistema prisional brasileiro”, de Fernanda Koch Carlan e Daniel Silva Achutti. Tensiona-se o debate sobre a concepção da justiça restaurativa no contexto do sistema penal brasileiro, numa análise crítica que abarque perspectivas de uma realidade latino-americana cujas estruturas do sistema penal são baseadas em violência e dominação. Num primeiro momento, se realizará uma revisão bibliográfica sobre o tema a fim de contextualizar o movimento de inserção da justiça restaurativa no Brasil, o que passa por compreender a crise da prisão no país, bem como por percorrer as abordagens alternativas propostas. Posteriormente, numa análise teórica desde uma perspectiva do realismo marginal, ventila-se desencadeamentos práticos para uma justiça restaurativa contextualizada.

O sétimo texto fala sobre a “aplicação da nova penologia à socioeducação: do possível paralelo entre a criminologia atuarial e o perfil dos adolescentes internados ou em semiliberdade no Brasil”, de Carolina de Menezes Cardoso e Ana Paula Motta Costa. O artigo propõe uma reflexão acerca do possível paralelo entre a criminologia atuarial e o perfil

dos adolescentes cumprindo medidas socioeducativas de internação no Brasil. É feita uma revisão teórica do surgimento e desenvolvimento da teoria, seguida da apresentação das medidas socioeducativas, culminando naquela conhecida como ultima ratio, a internação (privação de liberdade). Traz-se o perfil dos adolescentes internados ou em semiliberdade no Brasil, tendo como ano base 2016, por dados disponibilizados pelo SINASE. O debate sugere ser possível identificar a criminologia atuarial na socioeducação, não se excluindo outras estruturas de controle e poder.

O oitavo trabalho trata do “decisionismo judicial e prisões preventivas para garantia da ordem pública: uma análise comparativa entre a jurisprudência do STF e as diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, de Roberto Carvalho Veloso e Cristian de Oliveira Gamba. O presente estudo tem por objetivo analisar o modo como a jurisprudência nacional tem aplicado o instituto da prisão preventiva. Foi utilizada a metodologia de pesquisas bibliográficas e documentais, sobretudo a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Concluiu-se que a jurisprudência nacional, além de não seguir as diretrizes internacionais de Direitos Humanos consolidadas na Instrução nº 86/09 da Comissão Interamericana, dá abertura para que o conceito de prisão preventiva para garantia da ordem pública seja utilizado de modo flexível.

O nono texto fala sobre “a reserva do possível no sistema penitenciário brasileiro”, de autoria de Caio Rodrigues Bena Lourenço e Arnaldo Ramos de Barros Júnior. Em vista do cenário de insuficiência orçamentária para sustentação da estrutura penitenciária brasileira, este artigo tem como objetivo discorrer sobre a reserva do possível como um dos critérios obrigatórios para que a gestão governamental disponibilize recursos orçamentários suficientes ao sistema penitenciário brasileiro que possibilitem o cumprimento dos direitos fundamentais dos presos, considerando-se a também exigência do mínimo existencial que o Estado tem a obrigação de proporcionar ao indivíduo que se encontra em regime fechado.

O décimo trabalho trata sobre “a liberdade é terapêutica: desconstruindo a medida de segurança e o manicômio judiciário”, de Andrea Tourinho Pacheco de Miranda. A pesquisa circunscreve-se na importância do tratamento humanitário trazido pela Lei Antimanicomial e, portanto, expõe a dificuldade, na prática, dos operadores do direito em implementarem o que a lei preconiza. O que se discute nesta abordagem enfatiza a ineficácia do tratamento, as violações dos direitos e princípios constitucionais de direitos humanos da pessoa portadora de transtorno mental, bem como a medida cautelar de internação provisória, que transita na contramão da Reforma Psiquiátrica, sinalizando a necessidade da interpretação da lei antimanicomial à luz do Princípio da dignidade da pessoa humana.

No décimo primeiro trabalho, de João Pedro Prestes Mietz, intitulado “aplicação da teoria do triângulo do crime na vitimologia: um estudo de caso em farmácias na cidade de Balneário Camboriú/SC”, o autor tem por objetivo principal, a análise do processo de vitimização em farmácias na cidade de Balneário Camboriú durante o ano de 2014, fazendo-se uso da teoria do triângulo do crime. Tarefa árdua e intrigante, busca a compreensão do papel da vítima no cometimento de crimes, nesta feita, usa de uma interdisciplinaridade para entender o processo, eis que são inúmeros os fatores endógenos e exógenos que levam ao desfecho do fato, procurando com isso uma adoção de métodos e técnicas para dissipar a cultura paternalista brasileira.

O décimo segundo texto aborda a questão da “saúde no cárcere fluminense: análise dos casos de meningite de 2019”, escrito por Natália Lucero e Antônio Eduardo Santoro. Os autores propõem-se analisar os episódios de enfermidades e falecimento decorrentes de meningite bacteriana ocorridos no ano de 2019 em unidades prisionais situadas no estado do Rio de Janeiro no Complexo de Gericinó. Analisando a previsão constitucional do direito à saúde, o princípio da intranscendência da pena e a responsabilidade do Estado de prover proteção e assistência àqueles indivíduos em privação de liberdade, pretendem analisar as posturas adotadas pelos representantes do governo para o tratamento da questão da saúde no cárcere em momentos de crise.

O décimo terceiro trabalho, escrito por Renata Moda Barros, aborda o “direito à vida e a saúde: o uso de cannabis sativa l. para uso medicinal”. A pesquisa tem como finalidade a análise jurídica entre a relação do uso terapêutico da Cannabis e a política pública proibicionista de drogas do Brasil, a fim de se verificar a possibilidade de superar a proibição infraconstitucional instituída pela Lei 11.343/06 para permitir o plantio, cultura, colheita e o uso de substâncias oriundas da planta para uso exclusivamente medicinal, como forma de materializar o direito à vida e à saúde.

O décimo quarto texto, intitulado “o acesso à saúde das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional”, de Bianca de Paula Feitosa e Katia Borges dos Santos, foi construído a partir de um paradigma de direitos humanos, versando sobre direito à saúde das pessoas privadas de liberdade. O acesso a saúde consiste em um direito fundamental decorrente de previsão Constitucional, direito social que deve ser promovido através de políticas públicas visando reduzir doenças e outros agravos. Conforme texto constitucional, é dever do Estado garantir à todos os cidadãos, inclusive aqueles privados de liberdade no sistema prisional, o acesso à saúde de forma integral e igualitária. Desta forma, através da revisão bibliográfica

de abordagem qualitativa, o estudo objetiva verificar no ordenamento jurídico a existência de política pública de saúde e como se dá sua estruturação para que atenda às necessidades da população privada de liberdade.

O décimo quinto texto tratou da “a invisibilidade carcerária feminina: uma análise criminológica da unidade materno-infantil do centro de reeducação feminina em Ananindeua /PA”, escrito por Lorena Matos. O artigo visa analisar a invisibilidade do encarceramento feminino, principalmente, no que diz respeito a presas gestantes. Para tanto, aborda a invisibilidade da mulher no sistema carcerário, as dificuldades que encontram em um sistema feito por homens e para homens. No segundo momento, analisa os principais aspectos à Unidade Materno-Infantil do CRF. Por fim, aborda a questão da maternidade e saúde no cárcere.

Por fim, o décimo sexto artigo tem como tema as “políticas criminais de desencarceramento: alternativas a partir da escola de Chicago”, em que os autores Thayara Castelo Branco e Claudio Alberto Gabriel Guimarães, a partir da Escola Sociológica de Chicago, propõem atualizar e resgatar os aportes teóricos que indicam o espaço urbano como fator inibidor ou potencializador da atividade criminosa, dependendo do seu nível de organização social e urbanística. A partir desse campo, investigam as possibilidades de implementação de políticas públicas de segurança (também em nível municipal), em uma perspectiva preventiva e inclusiva capazes de minimizar o estado de violências.

Desejamos a todos uma ótima leitura e fomentos de novos debates aqui iniciados.

Professor Dr. Homero Lamarão Neto - Cesupa

Professora Dra. Thayara Castelo Branco - Uniceuma

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DECISIONISMO JUDICIAL E PRISÕES PREVENTIVAS PARA GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS DIRETRIZES DO
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.**

**JUDICIAL DECISIONS AND PREVENTIVE PRISONS FOR THE GUARANTEE OF
THE PUBLIC ORDER: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN A
JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND INTER-
AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS.**

**Roberto Carvalho Veloso ¹
Cristian de Oliveira Gamba ²**

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar o modo como a jurisprudência nacional tem aplicado o instituto da prisão preventiva. Para a consecução de tal finalidade foi utilizada a metodologia de pesquisas bibliográficas e documentais, sobretudo a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Concluiu-se que a jurisprudência nacional, além de não seguir as diretrizes internacionais de Direitos Humanos consolidadas na Instrução nº 86/09 da Comissão Interamericana, dá abertura para que o conceito de prisão preventiva para garantia da ordem pública seja utilizado de modo flexível.

Palavras-chave: Prisão preventiva, Ordem pública, Decisionismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to analyze the way in which national jurisprudence has applied the institute of preventive prisons. In order to achieve this purpose, bibliographical and documentary research was used, mainly based on the analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Inter-American Human Rights System. It was concluded that national jurisprudence, in addition to not following the international human rights guidelines consolidated in Instruction No. 86/09 of the Inter-American Commission, opens the way for the concept of preventive detention to guarantee public order to be used flexibly.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Preventive detention, Public order, Judicial decisionism

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Coordenador do Mestrado em Direito (UFMA). Juiz Federal.

² Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA).

1 Introdução

O objetivo geral deste estudo é analisar a problemática atinente à realidade prisional brasileira, pois este tema está sendo constantemente debatido tanto na esfera social como no âmbito político-administrativo do Estado. Contudo, a gravidade da situação tem ganhado contornos de insolubilidade, principalmente pelo fato de tratar-se de um problema multifacetado, cuja solução demanda a atuação em campos substancialmente diversos. Além disto, trata-se de uma questão que envolve problemas econômicos, sociais e culturais profundamente arraigados na cultura nacional.

Especificamente, o presente trabalho objetiva voltar-se para a discussão de uma das facetas deste fenômeno que consiste na análise do modo de utilização das prisões provisórias por parte do Poder Judiciário nacional. Para isto focalizar-se-á o estudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à aplicação da prisão provisória para garantia da ordem pública. Tal análise é problematizada da seguinte forma: qual a participação do Judiciário brasileiro na produção de elevados índices de encarceramento provisório?

Justifica-se a importância da pesquisa, tendo em vista que os presos provisórios compõem, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (BRASIL, 2016), aproximadamente 40% do contingente prisional brasileiro. Além disso o número de presos provisórios tem crescido em proporção maior que a de condenados definitivos, sendo que, entre 2003 e 2012, houve um incremento de 54% em relação ao primeiro grupo, enquanto o número de condenados cresceu apenas 42,5% no mesmo período (BRASIL, 2012a). Sendo assim, faz-se relevante analisar se tais números apresentam alguma relação com o atual modo de aplicação da matéria tratada por parte das cortes nacionais.

Para o cumprimento de tal finalidade a metodologia empregada consistiu na realização de pesquisas documentais - sobretudo a análise de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à utilização das prisões preventivas para garantia da ordem pública, bem como das diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que tange aos princípios gerais de aplicação das prisões provisórias – e bibliográficas, sendo a leitura dos dados realizada de acordo com as diretrizes internacionais dos direitos humanos, bem como com o auxílio da criminologia crítica.

O presente trabalho encontra-se estruturado em três seções principais. Inicialmente, far-se-á uma análise sobre o processo de expansão do poder Judiciário, principalmente no que tange ao aumento de seu poder interpretativo e da sua desvinculação em relação aos parâmetros normativos. Em segundo lugar, serão apresentadas às diretrizes gerais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da utilização das prisões provisórias, consubstanciadas no Informe n° 86/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, será apresentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação das prisões provisórias para garantia da ordem pública.

2 O crescimento do “terceiro poder” e a nova faceta do Judiciário.

Montesquieu foi o primeiro grande pensador a sistematizar o princípio da separação dos poderes através de uma metodologia racional, dotada de objetividade científica. Verdú (1998, p. 177) dispõe que sua grande virtude foi desenhar “de modo cartesiano, e inclusive newtoniano, o postulado da separação dos poderes” o que acabou resultando na formação de um verdadeiro dogma que veio a influenciar fortemente a formação do Estado de Direito. Atualmente, concebe-se que a organização estatal pautada na lógica da divisão tripartite dos poderes constitui elemento fundamental para o resguardo das liberdades individuais, sendo mecanismo essencial para evitar o uso abusivo do poder.

Contudo, é essencial destacar que o princípio da separação dos poderes sofreu, ao longo dos tempos, as influências das transformações históricas, sociais e culturais ocorridas no mundo ocidental. Sendo assim, é possível perceber, através de uma reconstrução histórica, que tal postulado assumiu diferentes facetas, sofrendo uma verdadeira metamorfose em seu modo de apresentação e organização. Característica essencial desse movimento consiste na alternância de protagonismo entre cada um dos poderes constituídos.

Considera-se que a gênese da noção da separação de poderes como instrumento garantidor das liberdades individuais tenha ocorrido na Inglaterra, no século XVII, com a ascensão do *rule of law*, considerado a grande matriz histórica do Estado de Direito. Este período histórico foi marcado por uma forte tendência antiabsolutista e, principalmente, por uma valorização do Poder Legislativo, haja vista

que, por ser constituído por representantes eleitos, acreditava-se que sua atuação seria o reflexo direto da soberania popular.

A Revolução Francesa também trilhou caminho similar, pois ao voltar-se contra os abusos do absolutismo, destinou ao Legislativo o papel central na estrutura da separação dos poderes. Maus (2000) destaca que este momento histórico foi marcado pela transição de um modelo social paternalista, onde o povo tinha seu destino “ditado” por uma figura de poder, para um modelo calcado na primazia da vontade popular, sendo o Legislativo seu reflexo direto.

A “proteção paternal do poder do Estado” de que fala Sieyès não mais détem prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos “súditos”, pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por ele limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações “naturais”: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai (MAUS, 2000. p. 188).

Este período é marcado por uma forte desconfiança em relação a qualquer tipo de atuação exercida por indivíduos não eleitos. Os temores de um retorno ao absolutismo fizeram com que o poder interpretativo dos tribunais fosse limitado, as leis eram confeccionadas a partir da eliminação de qualquer tipo de ambiguidade, evitando a possibilidade de existência de decisões judiciais inovadoras ou que extravasassem o conteúdo legislativo.

Assim, emerge a necessidade de que o Estado assuma um papel ativo em favor da consecução do bem comum. Consolida-se o *welfare state*, onde os direitos econômicos, sociais e culturais ganham vulto, caracterizando a segunda geração de direitos fundamentais. O texto constitucional passa a apresentar uma série de normas programáticas que visam direcionar a atuação estatal em caráter prospectivo.

Soares (2011, p. 172-173) destaca que as diretivas constitucionais devem ser entendidas “em um sentido de linguagem, de ação, de descrição da situação social, com a finalidade de uma orientação futura”.

A Constituição Brasileira de 1988 é exemplo marcante deste fenômeno, pois, através de um texto extenso e marcadamente analítico, tratou de abarcar o maior número possível de direitos e garantias fundamentais. Tal movimento é compreensível, principalmente em virtude de tratar-se de um Estado recém saído de um regime militar, onde buscava-se a redemocratização do país e o resguardo dos direitos individuais e sociais. Barroso (2015, p. 399) bem detalha este movimento:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.

Neste momento histórico, o Poder Executivo ganha relevo, uma vez que seria o grande responsável pela implementação dos conteúdos programáticos e o principal agente organizador, definidor e aplicador das políticas públicas essenciais para efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Todavia, o desenrolar dos tempos demonstrou que o Poder Executivo não foi capaz de se desincumbir de todos os mandamentos constitucionais programáticos. Seja em virtude das pretensivas metas estabelecidas pelo constituinte, seja por conta das insuficiências estruturais e materiais ou mesmo pela má administração dos recursos públicos o que se percebe é um cenário de inefetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Diante da incapacidade estatal em cumprir os mandamentos constitucionais começaram a se multiplicar no seio do Judiciário demandas destinadas a satisfazer, no caso concreto, as promessas efetivadas pela Lei Maior. Mancuso (2003) destaca que o Brasil convive com um excesso legislativo, onde se busca normatizar todos os mínimos aspectos da vida social, todavia, as normas, em sua maioria, carecem de efetividade prática. Neste cotejo, o Judiciário surge como canalizador das inefetividades normativas, sendo o Poder destinado a viabilizar o cumprimento das garantias constitucionais.

Marca essencial deste fenômeno consiste na transferência da pautas anteriormente exclusivas do Poder Legislativo ou Executivo para o âmbito do Poder Judiciário. Segundo Hirschl (2006, p. 139) o conceito de supremacia constitucional, bem como a criação dos mecanismos de controle de constitucionalidade alargaram o poderio decisório do Judiciário, possibilitando o conhecimento de matérias que, anteriormente, eram estranhas ao seu campo de abrangência.

Hirschl denomina este movimento como “juristocracia”, que seria caracterizado por uma “progressiva transferência de poderes decisórios das instituições

representativas para o Judiciário, ou seja, à substituição da negociação política pelo julgamento, do voto pela sentença” (BARBOSA; POLEWKA, 2015, p. 312).

Maus (2010, p. 185) destaca que são características deste movimento: o aumento do poder interpretativo dos tribunais, a crescente disposição para litigar e a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador. Segundo a autora, o Judiciário teria assumido a condição de censor de toda sociedade e também dos demais poderes constituídos, sendo o portador da última palavra nas grandes questões de relevância nacional. Este fenômeno teria levado ao extermínio dos espaços jurídicos livres, sendo que, atualmente, nenhum fato social estaria fora do raio de competência da justiça.

Tal fenômeno se destaca especialmente na realidade brasileira, sobretudo devido a concentração de poderes no âmbito de sua corte superior. Segundo Barbosa e Polewka (2015, p. 313) a Constituição de 1988 transformou o Supremo Tribunal Federal "numa das Cortes mais poderosas do mundo em termos institucionais, que funciona, ao mesmo tempo, como Corte constitucional, revisional e penal, a quem cabe decidir as questões mais fundamentais para a sociedade"¹.

Todo este contexto possibilitou ao Judiciário desvincular-se das amarras do formalismo jurídico e da figura do juiz “boca da lei”, assumindo uma posição criativa diante do ordenamento, podendo desvincular-se do controle legislativo, ampliando as possibilidades de aplicação do texto legal, bem como criando novas hipóteses para sua aplicação. A figura do juiz cresce de importância no seio social, sendo considerado como alguém moralmente privilegiado, capaz de sintetizar as heterogeneidades sociais.

Maus (2010, p. 186) destaca que o movimento de expansão do Judiciário foi marcado por uma valorização da personalidade dos juízes. Uma decisão justa só poderia ser tomada por um indivíduo portador de uma moralidade justa. A consequência deste movimento seria a centralização da consciência social na justiça o que acaba por culminar na “eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso”. Sendo o juiz uma figura superior, dotada de uma personalidade privilegiada, suas decisões escapam à crítica social. A atividade judicante passa a ser vista como uma forma de “educar” a sociedade.

¹ Na última década o Supremo Tribunal Federal proferiu inúmeras decisões paradigmáticas, como: a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro; a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis; autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, dentre outras. Esta transferência de pautas próprias dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário é denominada como “judicialização da política”. Neste sentido Hirschl(2006), Mancuso (2003) e Barroso (2008).

Rodríguez (2013), em interessante análise sobre o procedimento decisório das cortes nacionais, expõe que as decisões judiciais tem sido um reflexo da opinião pessoal dos julgadores sobre um tema, ou seja, nada mais do que um produto de sua própria noção de moralidade. Uma consequência direta desta fenômeno seria um empobrecimento da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que são tomadas sem preocupação com o seguimento de um modelo específico de racionalidade jurídica.

Expõe que as decisões tomadas sem base em um modelo de racionalidade definido se encontram na chamada “zona de autarquia”, onde “sob a aparência de direito, portanto, podem ser tomadas decisões meramente arbitrárias, ou seja, que não se pode reconstruir racionalmente” (RODRÍGUEZ, 2013. p. 57).

Todos estes aspectos contribuem para que se visualize uma linha tênue entre o ativismo e o decisionismo judicial. A perda de valor das leis perante as preferências individuais do julgador, bem como a ausência de um modelo de racionalidade jurídica identificável nas decisões judiciais são fatores que apontam nesta direção e que demandam uma análise detida do modo de atuação das cortes nacionais.

A proliferação de conceitos jurídicos indeterminados na legislação pátria também contribui para que as decisões assumam um caráter personalista. Maus (2010. p. 190) aponta que a presença de conceitos abertos na legislação é um sintoma do movimento de expansão do Poder Judiciário e contribui para a ampliação da liberdade decisória do julgador, uma vez que o preenchimento do sentido da expressão deverá ser realizado no caso concreto. Sendo assim, uma única expressão pode assumir diferentes significados a depender do caso analisado e das concepções individuais do magistrado.

O fenômeno acima tratado se evidencia de modo particular quando são analisadas as diretrizes normativas que norteiam a aplicação das prisões preventivas. Para que a prisão preventiva seja decretada é necessário que estejam presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e também o *periculum libertatis*. O primeiro dos requisitos encontra sua manifestação no artigo 312 do Código de Processo Penal, estando configurado quando existir “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 1941).

Já no *periculum libertatis*, também disciplinado no artigo 312 do Código de Processo Penal, encontra-se o grande fator de legitimação da tutela cautelar, sendo o ponto principal de análise do presente artigo. Tal pressuposto se encontra preenchido quando verificado, no caso concreto, que a manutenção do investigado em liberdade pode apresentar riscos para: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem

econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Uma análise mais detida das hipóteses caracterizadoras do *periculum libertatis* permite chegar a duas conclusões: a primeira, quanto a existência de objetivos reconhecidamente extraprocessuais com a prisão processual, principalmente no que tange à prisão para garantia da ordem pública e econômica, contrariando a tradicional doutrina das medidas cautelares e, em segundo lugar, a existência de conceitos vagos, indeterminados, que demandam a atuação interpretativa concreta do julgador em cada caso. Afinal, não é possível definir, através da mera análise do dispositivo legal, o alcance do significado de cada uma das hipóteses previstas, cabendo ao julgador defini-las no caso concreto.

A análise recairá, de modo específico, nas prisões provisórias para garantia da ordem pública, onde tentar-se-á demonstrar a maleabilidade que tal conceito assumiu no âmbito da jurisprudência nacional. Contudo, serão apresentados, anteriormente, os principais entendimentos consolidados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da utilização das prisões provisórias para que, posteriormente, se realize um comparativo com o modo decisório das cortes superiores nacionais.

2 As prisões provisórias no sistema interamericano de direitos humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos compõe, ao lado do Sistema Global e também dos demais Sistemas Regionais, o conjunto de Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos que podem ser caracterizados como espaços de discussão internacional que objetivam a definição de uma “consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais” (PIOVESAN, 2007. p. 13). Tais sistemas atuam de forma conjunta, não excludente, visando dar máxima proteção e efetividade a este grupo de direitos.

A gestação e o desenvolvimento do Sistema Interamericano ocorre no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, a partir da edição da Carta da Organização dos Estados Americanos. No seu bojo foram confeccionados diversos tratados internacionais, devendo-se destacar a edição da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor no ano de 1978. Tal tratado foi

fundamental, pois não apenas ampliou o rol de direitos fundamentais previstos, mas também teve por objetivo primordial “instituir órgãos com competência para supervisionar a atuação dos países integrantes em relação aos direitos humanos” (LIMA JÚNIOR, 2011. p. 64).

A CADH criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, bem como ampliou e modificou as atribuições e competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja função é de “promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América” (PIOVESAN, 2013. p. 18), podendo receber denúncias de violação de direitos, emitir recomendações e elaborar relatórios.

A Comissão Interamericana tem como uma de suas atribuições examinar comunicações feitas por indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais. Estas petições individuais podem ser encaminhadas, caso necessário, para Corte Interamericana, órgão composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA. É válido ressaltar que a Corte não poderá ser provocada por indivíduos ou organizações, mas apenas por Estados-parte da OEA ou mesmo pela Comissão Interamericana.

Ao longo dos tempos a Comissão Interamericana e a Corte constituíram um vasto repertório de informes, relatórios e jurisprudências pertinentes a temática da aplicação das prisões provisórias por parte dos países integrantes da OEA². O Informe n° 86/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, referente ao caso *Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguai*, teve como virtude principal sintetizar estes entendimentos no corpo de um documento único, apresentando os principais princípios acerca da aplicação das prisões provisórias.

Foram definidas quatro diretrizes centrais, sendo elas: a aplicação do princípio *pro homine* às prisões provisórias; a possibilidade de sua decretação apenas em casos de real perigo ao processo penal; a rejeição de sua aplicabilidade com base em meras presunções; e, por último, a impossibilidade de sua aplicação com base no apaziguamento dos clamores sociais ou então na mera gravidade do delito perpetrado.

² O Informe n° 86/09 consagra os entendimentos acerca de inúmeros casos paradigmáticos tratados pela Comissão Interamericana e também pela Corte Interamericana, como: o caso *Tibi vs Equador* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *García Astro e Ramírez Rojas vs. Perú* (2005), *Lopez Álvarez vs Honduras* (2006) e *Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs Equador* (2007), dentre outros.

2.1 Aplicação do princípio *pro homine* no âmbito das prisões provisórias

O princípio *pro homine* trata-se de uma importante diretriz interpretativa, consolidada no âmbito do direito internacional, que visa orientar a aplicação dos direitos humanos por parte dos órgãos julgadores.

Segundo Ramos (2014) sua aplicação pode ocorrer de três formas distintas: primeiro, os direitos humanos devem ser sempre interpretados de modo sistemático, permitindo que, em casos concretos, sejam admitidos direitos implícitos, ainda que não constem de forma expressa em nenhum documento internacional, mas que possam ser extraídos hermeneuticamente a partir do sentido da proteção internacional aos direitos humanos. Em segundo lugar, refere-se ao fato de que as limitações aos direitos humanos autorizadas devem ser interpretadas de maneira restritiva, aplicando-as apenas em casos excepcionais. Por último, dispõe que sempre que existirem omissões ou lacunas em matéria de direitos humanos deverá ser aplicada a solução que melhor consagre o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange a aplicação das prisões provisórias a segunda diretriz apresenta-se de modo particularmente relevante, uma vez que a privação de liberdade antes do advento da condenação definitiva deve ser interpretada de modo restritivo, com a menor incidência possível.

75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009).

Segundo a Comissão Interamericana a não aplicação do supracitado princípio acaba por gerar o risco de que as prisões preventivas convertam-se em regra no cotidiano forense solapando o princípio da presunção de inocência e eliminando a excepcionalidade das prisões provisórias. Sendo assim, a prisão apenas deveria ser decretada diante de indícios sérios de cometimento do delito, em situações absolutamente necessárias.

Como dito anteriormente, os fundamentos da prisão preventiva, conforme elencados pelo Código de Processo Penal Brasileiro, são formados por conceitos jurídicos abertos, que demandam a atividade interpretativa do julgador no caso concreto. Deste modo, a aplicação do princípio *pro homine* deve nortear a atividade dos julgadores de modo a garantir que conceitos como o de garantia da ordem pública sejam interpretados restritivamente, evitando a aplicação abusiva das prisões provisórias.

2.2 A utilização das prisões provisórias como mecanismo de resguardo do processo penal

O segundo princípio traçado pelo Sistema Interamericano enuncia que as prisões provisórias apenas devem ser utilizadas quando a manutenção da liberdade do investigado possa obstaculizar o desenvolvimento da ação da justiça, seja por oferecer riscos ao desenvolvimento da investigação ou da instrução criminal ou então em caso de real possibilidade de fuga.

Neste aspecto, reconhece que as prisões provisórias devem ser utilizadas exclusivamente com a finalidade de resguardar a higidez do processo penal, não podendo ser aplicadas com vistas ao alcance de fins extraprocessuais. Este entendimento busca realçar o caráter cautelar das prisões provisórias, excluindo sua utilização como ferramenta de antecipação da pena. A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (2009) destaca que “*la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el acionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial*”.

Barletta (2014, p. 69) destaca que a Corte Interamericana entende que as prisões provisórias são aplicáveis em apenas duas possibilidades “que são limites – de natureza processual – de sua justificação ou legitimação: quando seja necessária para assegurar a eficácia das investigações, e da mesma forma, a ação da justiça”. Desta forma, inadmite a utilização das prisões provisórias com base em justificativas como a gravidade do delito perpetrado pelo investigado, o risco de reincidência delitiva, dentre outras.

Comparando-se o entendimento do Sistema Interamericano com a legislação pátria alusiva às prisões provisórias percebe-se que, dentre as quatro hipóteses viabilizadoras de sua aplicação apenas duas possuem fins processuais (prisão provisória por conveniência da instrução criminal e para garantir a aplicação da lei penal). Já as

prisões provisórias para garantia da ordem pública e da ordem econômica possuem fins manifestamente extraprocessuais, contrariando os entendimentos dos órgãos internacionais. Como se verá, apesar desta incompatibilidade, os fundamentos extraprocessuais continuam sendo largamente utilizados pela jurisprudência nacional.

2.3 Circunstâncias de inaplicabilidade das prisões provisórias

Os dois últimos princípios serão tratados conjuntamente, haja vista que ambos referem-se a circunstâncias nas quais as prisões provisórias não poderão ser aplicadas. Tratam-se de possíveis argumentos utilizados pelos julgadores aos quais entende-se que não caracterizam uma espécie de fundamentação idônea para decretação de um mandado constritivo de liberdade. Deste modo, a utilização desta ordem de justificativas pela autoridade julgadora transforma a prisão provisória em um ato arbitrário.

O Informe 86/09 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos elenca que a prisão provisória não deve ser decretada com base em três justificativas: primeiramente, com base na possibilidade de que o investigado cometa futuros delitos; em segundo lugar, em razão da gravidade do ato delitivo; e, por último, em virtude da repercussão social do fato. Entende a CIDH que tais fundamentos constituem critérios de direito penal material, próprios da resposta punitiva, não pertinentes ao direito processual penal e as medidas de caráter cautelar. Veja-se:

Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009).

Tais previsões refletem os dois princípios anteriormente expostos. Primeiramente, concretizam o princípio *pro homine* ao restringir as hipóteses de aplicação da prisão provisória. Em segundo lugar, evitam a sua utilização com o objetivo de atingir finalidades eminentemente extraprocessuais.

Como visto, os quatro princípios traduzem o entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca de como deve ser realizada a aplicação das prisões provisórias por parte dos países signatários dos tratados internacionais confeccionados em sua esfera de atuação, dentre eles o Brasil. No que tange ao plano jurídico nacional, destaca-se que o direito processual penal encontra-se submetido a uma dupla ordem de validade, pois deve observar tanto as diretrizes constitucionais como também o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo este compreendido em sua plenitude, envolvendo não apenas os tratados internacionais, mas também os “pronunciamentos, sentenças, opiniões e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano” (BARLETTA, 2014. p. 62).

Contudo, no tópico seguinte será realizada uma análise das decisões das Cortes Superiores nacionais, onde se pretende demonstrar a inobservância de tais diretrizes. Além disto, pretende-se verificar a possível presença do decisionismo judicial nas supracitadas decisões, uma vez que verificar-se-á a existência de uma interpretação extensiva das hipóteses autorizativas elencadas pela legislação em sede de prisão provisória, sem o acompanhamento de justificativas plausíveis para tal ocorrência. Tal fenômeno será observado, sobretudo, no que tange as prisões para garantia da ordem pública, onde se verificará que tal conceito apresenta diferentes conformações interpretativas, tornando-se uma hipótese flexível capaz de abarcar qualquer situação fática subjacente.

3 Como decidem as cortes brasileiras em sede de prisões preventivas para garantia da ordem pública

A presente análise recairá sobre as decisões judiciais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que versaram sobre a aplicação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. O levantamento das decisões foi realizado através do repositório jurisprudencial da Corte, que possui acesso público, com a utilização da chave de pesquisa “garantia da ordem pública”³.

Inicialmente, buscou-se verificar se o Supremo Tribunal Federal dispunha de um entendimento consolidado do que seja a expressão “ordem pública”, haja vista que, como dito, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que demanda o devido

³ A consulta ao acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pode ser realizado através do sítio eletrônico: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

preenchimento através da atividade jurisprudencial. Durante a análise verificou-se que não existe um conceito unívoco, nem mesmo uma delimitação daquilo que possa ou não ser entendido como garantia da ordem pública. A jurisprudência, em sua totalidade composta por decisões referentes a *Habeas Corpus* ou por sentenças revisionais de decisões exaradas em outros graus de jurisdição, se limita a tratar da adequação (ou inadequação) do entendimento empregado naquele caso em específico, sem haver uma maior preocupação em traçar diretrizes gerais de aplicação do instituto.

Contudo, das decisões analisadas verificou-se que o Supremo Tribunal Federal entende que a prisão provisória para garantia da ordem pública é válida e pode ser aplicada em, no mínimo, três situações distintas, quais sejam: quando tratar-se de um investigado portador de antecedentes criminais, cuja soltura represente um risco de reiteração delitiva; quando o ato delitivo for considerado concretamente grave; e, por último, quando a concessão da liberdade provisória possa representar um descrédito em relação as instituições de justiça, tendo em vista o clamor social gerado pelo fato delitivo. Contudo, é válido ressaltar que o STF não exclui outras hipóteses de aplicação, dando liberdade interpretativa aos demais juízos pátrios.

Coincidentemente, as três situações nas quais o STF reconhece a possibilidade de aplicação das prisões provisórias são justamente aquelas hipóteses rechaçadas pelas diretrizes firmadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos na Instrução 86/09. Apenas o fato do STF compreender que a garantia de ordem pública é um elemento justificativo válido para decretação da custódia cautelar já consiste em uma violação às diretrizes internacionais, haja vista que a tutela se fundamenta em um objetivo extraprocessual que, como visto, é rejeitado pelo Sistema Interamericano.

No julgamento do *Habeas Corpus* n° 167.990 o Supremo Tribunal aponta que a prisão provisória para garantia da ordem pública pode ser utilizada para impedir uma possível reiteração criminosa de um agente multirreincidente.

Tal entendimento não somente viola o princípio da presunção de inocência, mas envolve, conforme bem destaca Delmanto (2001, p. 179) a existência de uma “dupla presunção de culpabilidade: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda envidará esforços para consumir o delito tentado”. Com base em juízo de cognição sumária, probabilístico, a Corte Superior entende que deve-se privilegiar a segurança da sociedade em detrimento da preservação do direito à

liberdade do réu, com base apenas em seu histórico delitivo. Pode-se destacar que se trata de uma verdadeira aplicação *pro societate* do instituto da prisão provisória.

Zaffaroni (2007) sustenta que a atuação dominante do poder punitivo através da prisão provisória configura-se como uma medida destinada a contenção de suspeitos perigosos, configurando um direito penal de periculosidade presumida.

Ressalte-se ainda que trata-se de uma perigosa aproximação com o direito penal do autor, onde o indivíduo é punido não pelo fato cometido, mas sim pelo que é. Segundo Brunoni (2014) criminaliza-se a personalidade e não a conduta, não se pune o subtrair coisa alheia móvel, mas o ser ladrão, “não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática, presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal”.

Outro entendimento do Supremo Tribunal Federal diz respeito a possibilidade de decretação da prisão preventiva tendo em vista a gravidade do delito supostamente perpetrado pelo agente. No corpo do acórdão referente ao julgamento do *Habeas Corpus* 167.598 (BRASIL, 2019b) não só se encontra presente tal entendimento como também são apresentados precedentes da corte no mesmo sentido.

Neste aspecto, o STF é expresso em dispor que a mera gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada como fator de justificação da privação cautelar de liberdade. Apenas a gravidade concreta, levando em conta o modo de execução, as circunstâncias e os objetivos do suposto ato delitivo podem admitir tal decretação. Contudo, não há nenhum indicativo acerca daquilo que possa ser considerado um fato “grave”, não há uma delimitação de seu conceito. Sendo assim, elenca-se apenas uma diretriz geral, abstrata, substituindo-se um conceito abstrato (ordem pública) por outro (gravidade concreta do delito) que demandará, mais uma vez, o preenchimento por parte do juiz de primeiro grau.

Se considerar-se que as decisões judiciais tem sido, cada vez mais, um reflexo da moralidade dos julgadores, o preenchimento deste conceito estará intimamente ligado as inclinações individuais do magistrado (MAUS, 2010). Não há uma definição socialmente unívoca do que possa ser considerado ou não um fato gravoso. Sendo assim, não se trata de uma gravidade concreta socialmente definida, mas sim de uma gravidade percebida de acordo com os padrões do próprio julgador.

Outro ponto essencial refere-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública com base na justificativa de que a manutenção da liberdade do indivíduo levaria descrédito as instituições de justiça, haja

vista que o fato possuiu uma repercussão negativa no seio social. Neste ponto, é cabível ressaltar que o Supremo Tribunal Federal manifesta-se contrário a possibilidade de aplicação desta justificativa como único elemento fundante da decretação da custódia cautelar. Tal entendimento se traduz no julgamento do *Habeas Corpus* 95.290 (BRASIL, 2012b).

Contudo, uma interpretação *a contrario sensu* do julgado permite inferir que, apesar de não ser possível a utilização exclusiva de tal fundamento, daí o uso da expressão “só por si”, é perfeitamente viável que este argumento seja utilizado como meio de formação da convicção judicial, desde que corroborada por outros elementos apoiadores. A partir deste entendimento, multiplicam-se no cotidiano forense decisões que embasam a decretação da prisão provisória alicerçando sua fundamentação na garantia da credibilidade das instituições e do apaziguamento dos clamores sociais.

Neste sentido, colacionamos decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal que denota a continuidade da aplicação de tal entendimento. Na jurisprudência descrita foi decretada a manutenção da prisão preventiva do agente sabidamente possuidor de condições pessoais favoráveis com fundamento na gravidade do delito e na garantia da ordem pública e da credibilidade da justiça.

Outra vez destaca-se a consolidação jurisprudencial de um argumento de cunho extraprocessual para legitimar a manutenção da restrição da liberdade cautelar, uma vez que o resguardo da credibilidade das instituições, bem como o clamor social, são fatos estranhos à apuração do fato delituoso. A crise de legitimidade que o Estado brasileiro atravessa não pode ser atribuída ao investigado, sob pena de violação dos seus direitos e garantias fundamentais.

Zaffaroni (2008) alerta que os números alarmantes que tangenciam as prisões provisórias não decorrem tanto da gravidade dos fatos delituosos perpetrados ou da necessidade processual da prisão preventiva, mas, sobretudo, de um movimento de prisionização que visa apaziguar clamores sociais.

Assim, a consequência mais vendável da criminalização secundária é divulgada pela comunicação social: a prisionização. Através desta é dissipada socialmente a ideia de que as prisões são povoadas por autores de fatos graves, como homicídios e estupros, quando, na verdade, a maioria esmagadora está presa por obras pouco complexas, com fins lucrativos (ZAFFARONI, 2008, p. 193).

Como se percebe, o STF entende que o conceito de “ordem pública” é plurívoco, podendo assumir diferentes feições a depender do caso concreto. Entre os

sentidos que podem ser assumidos não se visualiza uma linha de conexão ou um modelo de racionalidade jurídica capaz de justificar a sua escolha. Pelo contrário, tratam-se de conceitos substancialmente distintos que guardam pouca, ou mesmo nenhuma, relação uns com os outros.

Apenas a título ilustrativo, traz-se o exemplo de uma decisão exarada por um juízo de primeiro grau em sede de audiência de custódia no Estado do Maranhão, no âmbito do Processo de número 2702-04.2016.8.10.0001 pela Central de Inquéritos de São Luís, onde o julgador elenca 11 acepções diferentes daquilo que possa ser considerado ordem pública:

Os pressupostos da prisão preventiva se exaurem na garantia da ordem, que embora sendo um conceito abstrato, acredito que nesta hipótese encerra: a) gravidade do crime; b) condições pessoais negativas do autor; c) repercussão social; d) maneira destacada de execução; e) envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa; f) clamor público; g) possibilidade de linchamento; h) risco de reiterações criminosas; i) insensibilidade moral do acusado/investigado; j) repercussão midiática; k) resguarda da credibilidade da justiça, etc. (MARANHÃO, 2016).

Sendo assim, percebe-se que a reflexão sobre o modo de decidir das cortes nacionais em sede de prisões provisórias é essencial para que se resolva a problemática do encarceramento provisório excessivo. Enquanto não forem definidos limites capazes de nortear as diretrizes interpretativas, evitando o decisionismo judicial e o alargamento excessivo das hipóteses aplicativas do instituto, este ainda será um problema latente do sistema de justiça nacional.

4 Conclusão

Como visto, o atual momento histórico é marcado, dentro da ótica da separação dos poderes, por uma ascensão do Judiciário. Tal movimento apresenta como características essenciais o aumento do poder interpretativo dos julgadores e uma crescente desvinculação dos parâmetros normativos. Soma-se a isto a ocorrência de uma perda da racionalidade jurídica, uma vez que as decisões passam a ser fundamentadas através de critérios morais, confundindo-se as esferas pública e individual.

No que tange a questão da prisão preventiva verifica-se a existência de comando normativos abertos, indeterminados, que demandam o preenchimento pelo julgador no caso concreto. É o que ocorre com a expressão “garantia da ordem pública”.

Sendo assim, a definição dos contornos e dos limites de aplicação do referido instituto encontram-se sob responsabilidade do Poder Judiciário.

Contudo, o que se visualiza diante da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uma ausência de definição acerca do que possa ser considerado “garantia da ordem pública”. Ao invés disso, os acórdãos limitam-se a analisar o instituto no caso específico, sem traçar diretrizes gerais de aplicação. Além disto, reconhece-se a validação de entendimentos diversos acerca do que seja tal conceito, possibilitando sua aplicação em uma ampla gama de situações.

Também é cabível ressaltar que o atual modelo decisório do Supremo Tribunal Federal contraria frontalmente as diretrizes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que a prisão provisória segue sendo utilizada como instrumento para o alcance de finalidades extraprocessuais e, além disto, suas hipóteses de aplicação são interpretadas extensivamente, violando o princípio do *pro homine*.

Tudo isto contribui para que os juízes e tribunais nacionais interpretem a prisão provisória para garantia da ordem pública de modo flexível, agregando novos entendimentos acerca do que seja o conceito. Este cenário contribui para o aumento da população carcerária de presos provisórios, inflando o já superlotado sistema carcerário.

Solucionando o problema apresentado na introdução, pode-se verificar que a posição de flexibilizar a interpretação dos fundamentos para a decretação da prisão cautelar por membros do Poder Judiciário, em especial o da ordem pública, é um dos fatores decisivos para a elevação do número de encarcerados provisórios no sistema penal.

A solução para a problemática do encarceramento provisório em território nacional perpassa, inicialmente, o atendimento às diretrizes internacionais do Sistema Interamericano. Em segundo lugar, demanda uma fixação clara, por parte do STF, dos limites e contornos de aplicabilidade das prisões preventivas em território nacional. Somente através de uma alteração na cultura decisória das Cortes nacionais será possível reduzir os efeitos nefastos do encarceramento provisório abusivo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudia Maria; POLEWKA, Gabriele. Juristocracia no Brasil a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Minas Gerais, v.1, n.2, Jul/dez, 2015. p. 309-334.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. PUC-Rio: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29208/29208.PDF>>. Acesso em: 10.jun.2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, 2008.

Disponível em: <

https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14. jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30.jul.2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento de informações penitenciárias – junho de 2016**. Brasília – DF, 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **População Carcerária – Sintético: dezembro de 2012**. Brasília – DF, 2012^a

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 166214**, Rio de Janeiro. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília – DF, 17 de dezembro de 2018. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785303/habeas-corpus-hc-166214-rj-rio-de-janeiro?ref=serp>>. Acesso em 11.fev.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 167990**, Paraná. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília – DF, 26 de fevereiro de 2019a. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681797852/medida-cautelar-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-mc-rhc-167990-pr-parana?ref=serp>>. Acesso em: 11.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 95.290**, São Paulo. Relator Min. Celso de Mello. Brasília – DF, 01 de agosto de 2012b. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22086421/habeas-corpus-hc-95290-sp-stf/inteiro-teor-110525627>>. Acesso em: 10.jun.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 167.598**, São Paulo. Relator. Min. Luiz Fux. Brasília – DF, 24 de maio de 2019b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750003188>>. Acesso em: 15.jun.2019.

BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio da culpabilidade. **Revista Doutrina**. 21 ed. 2007. Disponível em: <

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 12.jan.2019.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, 2006. p. 139-178.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Manual de direitos humanos internacionais**. Brasília: MNDH, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** – condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO. Central de Inquéritos de São Luís – MA. **Processo nº 2702-04.2016.8.10.0001**. São Luís – MA, 2016.

MAUS, Indeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58. 2000. p. 183-202.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Informe nº 86/09**. Washington. 2009. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>>. Acesso em: 15. jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do Direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Manual de Derecho Político**. 3 ed.. Madri: Tecnos, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alessandro; ALAGIA, Alessandro. **Direito Penal Brasileiro I**: Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.