



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

ORIENTANDA: KARLLIANE MUNIZ CÔBO

ORIENTADOR: PROF. DR. GASPAR ALEXANDRE MACHADO DE SOUSA

GOIÂNIA-GO

2021

KARLLIANE MUNIZ CÔBO

**ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Orientador: Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa.

GOIÂNIA-GO
2021

KARLLIANE MUNIZ CÔBO

**ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL COM FUNDAMENTO
NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Data da Defesa: 10 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa
Nota

Examinadora Convidada: Profa. Dra. Fernanda da Silva Borges
Nota

*Dedico este trabalho ao meu pai (Ornelino José Muniz) por toda sua simplicidade e sabedoria que serviram de grande inspiração de vida, por toda sua dedicação e todo o seu incentivo que serviram de apoio nas minhas conquistas enquanto pessoa e, principalmente, enquanto uma estudante em construção. Dedico este trabalho ao melhor exemplo que tive a honra de ter na minha vida, a você pai.
(In memoriam)*

AGRADECIMENTOS

A construção deste árduo trabalho só se realizou por meio da colaboração de incríveis pessoas que de certa forma estavam nessa jornada comigo, entre as quais gostaria de agradecer.

Ao meu pai que em meu coração viveu para me encorajar em finalizar mais essa etapa da minha graduação.

À minha mãe pelo incentivo e amor que me abraçaram nos momentos mais difíceis.

À minha prima, Iasmim, pelo incentivo e apoio.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa, pela compreensão, empatia, confiança e generosidade em todo o trajeto da sua orientação.

À Prof.^a Dr.^a Fernanda da Silva Borges pelas orientações nas pesquisas de Iniciação científica que foram basilares para o desenvolvimento deste trabalho.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a estruturação deste trabalho.

Às pesquisadoras e aos pesquisadores que produziram vasta pesquisa acerca do tema que esse trabalho se propõe a analisar.

*“O desafio mais difícil e urgente hoje é explorar de
maneira criativa novos terrenos para a justiça nos
quais a prisão não seja mais nossa principal
âncora.”*

Angela Davis

RESUMO

Este trabalho teve como desígnio analisar, criticamente, a prisão preventiva no Brasil decretada com fundamento na garantia da ordem pública. Para esse fim, a princípio foram investigadas as bases histórico-sociais da prisão preventiva e da ordem pública. A partir disso foi particularizado o encontro desses dois institutos, desenvolvendo uma inicial crítica ao papel da ordem pública na prisão preventiva. A análise desenvolvida da dinâmica da prisão como pena e da prisão provisória permitiu a reflexão acerca do tema da constrição de liberdade, durante os contextos históricos analisados. Com isso, foi possível analisar a prisão preventiva no Brasil que, com toda a sua trajetória de mudanças legislativas pautadas nos governos relacionados, foi na modificação legislativa do Estado Novo que a presente pesquisa se debruça. A partir desse período ditatorial analisado, foi possível examinar as dimensões autoritárias presentes na prisão preventiva e na disposição da ordem pública. Esse fundamento, principiológico do autoritarismo, se manteve ao longo dos anos e ainda está em vigor na legislação processual penal. As críticas a respeito dessa preservação são inúmeras, ainda mais quando analisada, sistematicamente, o ordenamento jurídico brasileiro, o qual, por ser norteado pelos princípios do Estado democrático de direito, não possui compactação com a roupagem que a ordem pública se apresenta. Ademais, constatou-se como que esse instituto autorizador dessa grave medida cautelar se relaciona com sistemas opressores, sobretudo, o racismo institucional.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Ordem pública. Autoritarismo. Sistemas opressores.

ABSTRACT

This work aimed to critically analyze preventive detention in Brazil decreed based on the guarantee of public order. To that end, at first the historical and social bases of preventive detention and public order were investigated. From that point on, the meeting of these two institutes was particularized, developing an initial criticism of the role of public order in preventive detention. The developed analysis of the dynamics of prison as a penalty and provisional prison allowed reflection on the theme of the constriction of freedom, during the historical contexts analyzed. With this, it was possible to analyze preventive detention in Brazil, which, with all its trajectory of legislative changes based on related governments, was the legislative modification of the Estado Novo that the present research focuses on. From that analyzed dictatorial period, it was possible to examine the authoritarian dimensions present in pre-trial detention and in the provision of public order. This fundamental principle of authoritarianism has been maintained over the years and is still in force in criminal procedural legislation. The criticisms regarding this preservation are innumerable, especially when systematically analyzing the Brazilian legal system, which, being guided by the principles of the democratic rule of law, has no compactness with the guise that public order presents itself. In addition, it was found that this instituting authorizer of this serious precautionary measure is related to oppressive systems, above all, institutional racism.

Keywords: Preventive imprisonment. Public order. Authoritarianism. Oppressive systems.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I – AS BASES HISTÓRICO-SOCIAIS DA PRISÃO PREVENTIVA E DA ORDEM PÚBLICA.....	10
1.1 O HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	10
1.2 AS PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICA-POLÍTICA DA ORDEM PÚBLICA.....	22
1.3 O ENCONTRO DA PRISÃO PREVENTIVA COM A PERSPECTIVA DA ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	27
1.3.1 O papel da ordem pública na prisão preventiva e suas raízes autoritárias.....	28
CAPÍTULO II - ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA A PARTIR DA LEITURA SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	32
2.1 ANÁLISE CONSTITUCIONAL.....	32
2.2 A PERSPECTIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	35
2.3 LEI PROCESSUAL PENAL.....	40
CAPÍTULO III – O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA INSTRUMENTALIDADE COM OS SISTEMAS DE OPRESSÕES.....	46
3.1 CRÍTICA AO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	47
3.2 ANTECIPAÇÃO CONCRETA DA PENA E O ENCARCERAMENTO EM MASSA PREVENTIVO.....	50
3.3 O RACISMO INSTITUCIONAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.....	53
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem por escopo analisar criticamente a prisão preventiva no Brasil com fundamento na garantia da ordem pública, e diante desta apreciação, explorar a incompatibilidade que existe entre esse instituto e a conjuntura do Estado Garantista, identificando, em contraposição a tentativa do Estado brasileiro em se configurar como garantista, como este na verdade está vinculado a sistemas opressores.

O tema analisado possui extrema relevância no debate jurídico que se opera na contemporaneidade, na medida em que a ordem pública tem servido como fundamento absoluto para decretação da prisão preventiva, dando prosseguimento ao uso equivocado e banalizado da medida cautelar, consequência direta da mentalidade ainda atrelada à legislação produzida em períodos autoritários e de crenças e valores intrínsecos oriundos do racismo institucional e do neoliberalismo.

A pesquisa histórica e factual deste estudo é dividida em três capítulos. O primeiro capítulo propõe analisar as bases histórico-sociais que estruturam a prisão preventiva com fundamento na ordem pública de modo que se possa reconhecer o fim a que se destina. Pois, a análise das bases histórico-sociais que estruturam a prisão preventiva com fundamento na ordem pública fornece a pesquisa um aparato teórico que permite investigar as estruturas e dinâmicas desse instituto do direito processual penal e identificar como ele se apresenta no plano da realidade, isto é, desvendar a sua existência objetiva.

Sendo assim, este primeiro capítulo se propõe investigar as estruturas e dinâmicas desse instituto do direito processual penal pormenorizando os elementos basilares para construção do restante do trabalho. Estes elementos se configuram na análise do histórico da prisão preventiva, do contexto do surgimento do fundamento da garantia da ordem pública, e, ainda, do encontro do instituto da prisão preventiva com a perspectiva da ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo é de suma importância apresentar a leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro com o recorte da prisão preventiva. Esta crítica leitura recairá, portanto, na análise da norma constitucional e dos tratados internacionais, para assim captar os princípios do Estado Democrático de Direito, norteados pelo princípio da dignidade humana. Esta noção é primordial para a

compreensão da legislação processual penal e para o desenvolvimento da crítica da realidade penal brasileira, sobretudo, no tocante ao instituto da prisão preventiva quando decretada sob o fundamento da ordem pública. Dessa forma, esse capítulo obterá uma leitura crítica e sistemática do instituto da prisão preventiva.

No último capítulo buscar-se-á confrontar profundamente o fundamento da garantia da ordem pública, de modo que se possam criticar as instrumentalidades que este instituto possui com os sistemas de opressões relacionados, historicamente, com o Estado brasileiro. Para tanto, é imprescindível analisar o racismo institucional como elemento operacional, a criminalização da pobreza e de que modo esse instituto se apresenta como concreta antecipação da pena, a qual culmina no encarceramento em massa preventivo.

Sendo assim, por fim, será traçada uma argumentação exponencial a respeito de como o fundamento da ordem pública, especificamente no tocante a decretação da prisão preventiva, representa forte método de controle social e político e de contenção dos indivíduos à margem do escopo social que não são de forma alguma desejados, de forma que se possa trazer a conclusão deste presente trabalho.

CAPÍTULO I – AS BASES HISTÓRICO-SOCIAIS DA PRISÃO PREVENTIVA E DO FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A princípio é importante analisar as bases histórico-sociais que estruturam a prisão preventiva com fundamento na ordem pública para assim obter um aparato teórico que permita investigar as estruturas e dinâmicas desse instituto do direito processual penal e identificar como ele se apresenta no plano da realidade, isto é, desvendar a sua existência objetiva.

Posto isto, o objetivo está além de buscar sua aparência fenomênica e imediata, para assim apreender sua essência (PAULO NETTO, 2011). O fenômeno social a ser analisado neste trabalho será entendido através do diagnóstico de seu desenvolvimento histórico e suas formas de ser em cada momento. Isso significa dizer que a objetividade do conhecimento será verificada na realidade em que se aplica. Para, assim, construir um saber pautado na realidade estrutural da sociedade brasileira.

A partir dessa concepção, este capítulo, em especial, se propõe a pormenorizar o histórico da prisão preventiva, bem como o contexto do surgimento do fundamento da garantia da ordem pública, e, por fim, o encontro do instituto da prisão preventiva com a perspectiva da ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O HISTÓRICO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, enquanto instituto jurídico-penal de constrição de liberdade se apresenta de diferentes formas ao longo da história, tendo, assim, suas especificidades próprias em cada sociedade econômica analisada. Portanto, a nomenclatura se referindo à prisão preventiva é somente de especial didática, tendo em vista que a mesma não se fazia presente em alguns momentos históricos do mesmo modo em que ela se apresenta atualmente.

Pode-se dizer que a história da prisão preventiva está interligada diretamente com a história da prisão enquanto instituto penalizador, tendo em vista que é a partir do processo histórico das reformas das prisões que a preventiva vai se direcionando ao arranjo atual. Pois, segundo Michel Foucault (1979, p. 234), “a ‘reforma’ prisional

é mais ou menos contemporânea a própria prisão: constitui, por assim dizer, seu programa” (*apud* DAVIS, 2020, p. 43).

Portanto, a princípio, a análise da construção-histórica parte de um recorte temporal em que o instituto prisão não tinha essencialmente o caráter de sanção penal. Nesse contexto, a única forma de prisão, instrumentalizada na sociedade, era na sua forma provisória e instrumental, configurando-se em uma medida eminentemente processual, de modo que, se configurava como um instrumento de conter os apenados para garantir a execução da verdadeira penalidade, aspecto similar do formato da mesma nos dias atuais.

Contudo, como já assinalado na exposição acima, o encarceramento não era empregado como forma de punição antes do século XVIII, principalmente na Europa e nos Estados Unidos (DAVIS, 2020). Dessa forma, como a privação da liberdade não era tida como pena, o caráter provisório da prisão exprimia uma instrumentalidade diferente dos dias atuais, tendo em vista as punições fins que eram empregadas.

As civilizações da antiguidade não utilizavam a privação da liberdade como sanção, mas sim para fins de custódia e tortura do criminoso, assegurando, a aplicação do *ius puniendi*. Após o aprisionamento, aplicavam-se as penas, que normalmente eram de morte ou corporais (LOPES JR, 2010). Os povos romanos e gregos, aglomerados humanos considerados avançados pelos historiadores, são exemplos da utilização do encarceramento para fins de custódia (BITENCOURT, 2004). (SILVA, 2019, p. 11)

A prisão se estabelecia como um lugar de custódia e/ou de tortura, onde se aguardava a conclusão do processo para ao fim aplicar outros modos de punição, que incluem o banimento, o trabalho forçado, o degredo, o confisco das propriedades do acusado, punições corporais e capitais. (DAVIS, 2020)

Esse encarceramento provisório/instrumental era utilizado ainda com a finalidade de deter grupos que viviam sob a margem do escopo social - mendigos, doentes mentais, prostitutas ou pessoas consideradas com condutas desviantes (SILVA, 2019), grupos estes modulados pelos aspectos sociais, econômicos, políticos de cada sociedade.

Na medida em que os estados modernos obtiveram o seu poder centralizado, junto à ascensão do capitalismo e ao surgimento de ideologias de reformadores europeus e americanos que pretendiam pôr fim às punições violentas, o

encarceramento começou a ser empregado como principal forma de punição, desmembrando assim a “prisão como pena” da “prisão provisória”.

O encarceramento, entretanto, acabou por se tornar a pena em si, fazendo surgir uma distinção entre o aprisionamento como punição e a detenção antes do julgamento ou até aplicação da pena. O processo por meio do qual o encarceramento se tornou a maneira primária de punição imposta pelo Estado estava intimamente relacionada a ascensão do capitalismo e o surgimento de um novo conjunto de condições ideológicas. Essas novas condições refletiram a ascensão da burguesia como classe social cujos interesses e aspirações patrocinaram novas ideias científicas, filosóficas, culturais e populares. (DAVIS, 2020, p. 46)

Diante dessa perspectiva, foi possível desenvolver uma penalização mais focada no objetivo de obter uma eficaz diminuição na criminalidade, a qual seria por meio da prisão.

A principal pena que havia à época era a pena de morte, que entrou em decadência a partir da segunda metade do século XVIII porque não correspondeu às expectativas de redução de criminalidade, e, então, a prisão passou a ser a alternativa mais viável para a punição dos Estados. No fim do século XVIII, as penas corporais desapareceram e deram lugar ao regime de segregação, com a finalidade de manter o indivíduo privado de sua liberdade em instituições mantidas pelo Estado e obter sua regeneração. A prisão, por fim, passou a ser vista como espécie de pena. (AZEVEDO, 2011, p. 12-13)

Desse modo, se destaca a mudança radical na percepção social do indivíduo que se evidencia no contexto histórico da Revolução Francesa e da Revolução dos Estados Unidos, as quais imortalizaram a noção de direitos e liberdades inalienáveis. Segundo Angela Davis (2020, p. 47) “antes da aceitação do caráter sagrado dos direitos individuais, o encarceramento não poderia ser concebido como punição”.

Isso ocorre porque essa nova conjuntura social insere processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Dessa forma, analisa Michel Foucault (1987, p. 260):

No fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os “modelos” da detenção penal — Gand, Gloucester, Walnut Street — marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles colonizam a instituição

judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas”.

Diante desses principais fatores, a prisão passou a ser considerada como forma de penalização do indivíduo infrator da legislação vigente, sendo punida pelo ente estatal e fundamentada pelos princípios ideológicos daquele palco histórico e, portanto, a prisão preventiva obteve uma nova roupagem.

É com base nesse contexto que podemos analisar a prisão preventiva no Brasil, haja vista que a experiência jurídica brasileira passa, no tempo colonial, evidentemente, pela aplicação do direito português do século XIX, o qual foi influenciado pelos modelos punitivos europeus vigentes à época.

A prisão de natureza cautelar ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto de 23.05.1821 do Príncipe D. Pedro, que legislou sobre a prisão de criminosos, antes de culpa formada, com base no Direito Natural e na segurança das pessoas. Essa disposição não veio somente para prever esse instituto na legislação brasileira, mas, sobretudo, limitar a aplicação da prisão e deliberar de que forma poderia ser feita.

Pode-se destacar desse decreto a regra de que ninguém seria preso sem culpa formada e sem mandado expedido por juiz. Assim, somente nas hipóteses de flagrante delito e de crime apenado com morte natural ou civil, no prazo de oito dias para formar a culpa, o réu era preso cautelarmente. Após este prazo o réu seria preso preventivamente depois de pronunciado. A respeito dessa pronúncia, expõe Marcelo Cardozo da Silva (2016, online):

Havia três tipos de pronúncia: 1) a pronúncia ordinária, nos casos em que o réu se livrava solto; 2) a pronúncia especial, nos crimes em que era possível que o réu se livrasse *seguro* (mediante fiança); 3) a pronúncia de *réo capiando*, que tomava corpo nos crimes mais graves, devendo a prisão assim continuar até o julgamento.

Quando da proclamação da independência em 1822, veio a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, que, em seu art. 179, parágrafos 8º e 10º, disciplinava que:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. [...]

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Com esse novo contexto político no Brasil, foi promulgado o primeiro Código Criminal do Brasil, em 1830. O contexto para a promulgação era de um Império em completa desordem, com sérios riscos de fragmentação pelas chamadas revoltas regenciais. Assim, essa nova legislação mais se preocupou em reestabelecer o equilíbrio político para assim manter a centralidade da monarquia, do que, essencialmente, em humanizar as penas.

Essa situação ficou evidente quando se verifica que o referido Código apresenta conflito com os ideais iluministas, as quais eram, a princípio, as norteadoras do instituto punitivo:

A compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, bem como do sistema penal montado a partir dela, pode ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais encontramos a contradição entre o liberalismo e a escravidão, e no segundo movimento político de descentralização e centralização, que se valeu intensamente do processo penal. Quando se assenta a poeira dos tensos episódios que assinalam a independência, ascende ao poder do novo estado a classe mais diretamente interessada na conservação do regime: os proprietários rurais, que se tornam sob o império a força política e socialmente dominadora. Paralelamente à decadência do nordeste, a cultura do café no sudeste faz este produto ultrapassar o açúcar e o algodão nas exportações e concentra geograficamente riqueza e poder político, prorrogando a demanda de mão-de-obra escrava (ZAFFARONI, 2003, p. 423).

A respeito da restrição de liberdade em caráter preventivo, o Código de Processo Criminal impôs esse instituto, sem a formação de culpa, somente quando

se tratasse de crimes inafiançáveis e mediante ordem formal da autoridade competente.

Essa dinâmica de utilizar o Código criminal como instrumento de preservação da centralidade do poder mudou a partir da Constituição da República de 1891. Essa Carta Magna teve como base o sistema normativo estadunidense, onde positivava as normas jurídicas de um estado de transição da monarquia para um estado republicano. Assim, expressa Jose Afonso da Silva:

Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A ideia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaçadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas”, a “República de Piratini”. Tenta-se implantar, por várias vezes, a monarquia federalista do Brasil, mediante processo constitucional (1823, 1831), e chegase a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela lei de interpretação de 1840. O republicanismo irrompe com a Inconfidência Mineira e com a revolução pernambucana de 1817; em 1823, reaparece na constituinte, despontando outra vez em 1831, e brilha com a República de Piratini, para ressurgir com mais ímpeto em 1870 e desenvolver-se até 1889. (SILVA, 2010, p. 76-77)

Em suma, a referida Constituição da República de 1891 delegou aos Estados-membros a competência para legislar sobre o direito processual penal, gerando uma pulverização de normas processuais penais no país através dos chamados Códigos Estaduais. Essa mudança, apesar de acabar com os juizados de instrução, institucionalizou sistemas demasiadamente diversos, quebrando a possibilidade de instauração de um modelo republicano pretendido à época.

Essa influência republicana e descentralizada do Estado foram se enfraquecendo, em certos cenários políticos, comitadamente com o desenvolvimento, no século XX, de um novo movimento chamado positivismo, o qual era alicerçado pelo conceito extremo de legalidade e de importante influência no campo jurídico, tendo em vista que as prioridades passaram a ser com as técnicas das normas e não mais com direitos naturais. A respeito da influência desse contexto no direito penal, analisa Manuela Horn (2013, p. 60):

No século XX o campo de tensão originário entre a lei-potência e a lei-garantia foi dissolvido em uma dimensão jurídica entendida como pura expressão da vontade do Estado - a ligação original entre direito penal e as

liberdades públicas, deu lugar a uma legalidade ao serviço do poder político. O desenvolvimento do tecnicismo-jurídico iniciado por Arturo Rocco, em Sassari no ano de 1910, tendeu a confirmar a ancoragem do sistema penal na legalidade, sendo uma resposta às tendências antiliberais relacionados ao desenvolvimento da escola positiva. Tal estratégia envolvia uma renúncia da ciência jurídica a exercer, sob ao desígnio do legislador, uma escolha de valor. A elaboração doutrinária do penal seria feita pela técnica, ou melhor, pela dogmática. O esvaziamento dos valores que orientavam a legalidade, de um lado, e a neutralidade da ciência jurídica, por outro, deixaram um campo livre para o uso autoritário do direito penal.

Sob essa perspectiva, encontra-se o Estado Novo de Getúlio Vargas. A centralização do poder desse regime de exceção reunificou as legislações dispersas até então existentes, com a finalidade de unificar o cenário político através, principalmente, do positivismo nas leis. Foi nesse contexto que “[...] Vargas colocou-se como a única figura capaz de proporcionar coesão na cena política nacional” (NUNES, 2010, p. 102), aspecto este que será melhor demonstrado no próximo tópico deste capítulo.

Assim, foi outorgada a Constituição de 1937 e posteriormente, no ano de 1941, foi criado o Código de Processo Penal, por meio do decreto-lei nº 3.689, datado de três de outubro de 1941, ora vigente, que sistematizou as normas penais e processuais penais previstas em leis dispersas, facilitando a administração da política autoritária estabelecida. Nesse sentido, observa Nelson Hungria (1941, p. 267):

A política do Estado Novo não podia deixar de refletir-se no direito penal. O direito penal não é obra puramente científica: tem de inspirar-se no ambiente político em que se forma. O fenômeno jurídico-penal é inseparável do fenômeno históricopolítico. O fator político é o cunho, é o *leit motiv* de suas reformas. Assim, o direito penal brasileiro remodelado não podia ficar alheio ao princípio cardinal do Estado Novo, isto é, o de que o Estado deve ser forte e militante no sentido de assegurar o bem comum. A primeira marca do Estado Novo na legislação penal foi a sua nova diretriz na repressão da criminalidade política. (*apud*, NUNES, 2010, p. 105)

Nesse primeiro momento, o Código brasileiro previa uma espécie de prisão preventiva obrigatória aplicada automaticamente nos crimes com a pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, sendo necessários apenas os indícios suficientes de autoria e materialidade do crime para que fosse decretada:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da

autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Além do mais, também previa as específicas hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, em seu artigo 313, que também estabelecia os crimes com relação aos quais a medida restava cabível:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

I – Nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;

II – Nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Na passagem dos anos de vigência do Código de Processo Penal de 1941, não existiram grandes mudanças na legislação processual, no que tange ao tratamento da prisão preventiva. Contudo após a chegada dos militares ao poder, nos anos sessenta, a redação original dos artigos 312 e 313 foi alterada, por força da Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967, extinguindo-se a hipótese de prisão preventiva obrigatória:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada:

I – nos crimes inafiançáveis;

II – nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;

III – nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

A alteração trazida pelo regime militar, apesar de retirar da norma da prisão preventiva a sua espécie obrigatória, não expressa um abrandamento na sua aplicação, haja vista que neste período de 1967 a 1969, o qual é denominado pelo historiador David Maciel (2004, p. 53) como “etapa da institucionalização da ordem

política autoritária”, não se fazia presente mecanismos que propunha fixar limitações à prisão preventiva.

Muito pelo contrário, neste período histórico iniciou-se o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo que culminou em “[...] uma mudança jurisprudencial e uma maior intensificação de encarceramento com prisões processuais, baseadas na doutrina e na lei de segurança nacional, no período da ditadura militar [...]”. (SILVA, 2019, p. 11)

Ainda, em 1977 adveio a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que modificou especificamente o artigo 313 do Código de Processo Penal ao tornar irrelevante, para a decretação da prisão preventiva, critério baseado na possibilidade, ou não, de fiança e aplicar como fundamento os sistemas de punição: reclusão e detenção. O primeiro seria aplicado de forma genérica, já o segundo seria empregado nas hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 313. Assim ficou a reformada redação do artigo 313 do Código de Processo Penal:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

De fato, com as alterações de 1977, operou-se uma importante mudança no sistema normativo da prisão preventiva, que guinou para um sistema de tutela cautelar, tendo em vista que com essa nova redação fortaleceu-se a prisão preventiva justamente em seus requisitos intrínsecos de cautelaridade, ao deixar de lado o recorte da fiança que servia em suma para a decretação automática da prisão preventiva nos crimes inafiançáveis. Isso se deve principalmente pelo contexto histórico que se iniciou em 1977, o qual é analisado pelo historiador David Maciel (2004, p. 151), da seguinte forma:

O processo de transição da forma ditatorial à forma democrática do Estado burguês (SAES, 1994, p. 51-53) passou por uma nova etapa após a edição do Pacote de Abril, em 1977. Essa etapa se desdobrou até as eleições de 1982 e foi marcada pela implementação de diversas reformas políticas, que alteraram aspectos importantes da institucionalidade autoritária e possibilitaram o alargamento da arena da disputa política, através da ampliação e pluralização da esfera da representação política e da

transferência definitiva de mecanismos reguladores do conflito político do Executivo para o Legislativo e o Judiciário.

Todavia, vale ressaltar que essas modificações, totalmente reformistas, não possibilitaram o distanciamento da aplicação discricionária da prisão preventiva. Portanto, ao passo que entenderam a prisão preventiva no seu sentido cautelar, não pontuaram mecanismos diversos para sua não decretação. Além de manterem diversos dispositivos genéricos que permitiam ainda uma aplicação desenfreada da prisão preventiva.

Portanto, somente com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação processual penal passa a sofrer modificações significativas. Segundo Piovesan (2015), os direitos humanos ganham relevo extraordinário com o texto constitucional de 1988, portanto inevitável seria essa nova roupagem na legislação penal processualista.

A Carta Magna trouxe um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais, bem como princípios norteadores do processo penal, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Legalidade, o Princípio da Presunção de Inocência, Princípio do Devido Processo Legal, o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade e o Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais.

Em suma, esses princípios norteadores do processo penal dispostos no texto constitucional são princípios garantidores para o acusado, em especial a presunção de inocência, fazendo com que ocorressem mudanças na interpretação e aplicação dos regramentos contidos do Código de 1941. Assim, analisa Joana Souza (2017, p. 26):

O advento da Constituição de 1988 trouxe ao seu escopo principiológico os valores adquiridos no novo sistema político democrático e os direitos humanos internacionais. Ainda que haja valores culturais historicamente enraizados, há uma preocupação em agregar mudanças paradigmáticas na aplicação das leis. Desse modo, a então presunção de culpabilidade é substituída por um novo princípio, qual seja o da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII da Carta Magna e pressupõe mudanças no sentido da aplicação da prisão preventiva.

A prisão preventiva, em termos principiológicos constitucionais, fixou-se como medida cautelar no processo penal. Todavia, em 1994, pela Lei 8.884, de 11 de novembro de 1994, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra

a ordem econômica, inseriu, no artigo 312 do CPP, mais um elemento de cautelaridade, consubstanciado na garantia da ordem econômica. No período da edição desta lei, os crimes econômicos conquistaram um notado avanço da intervenção penal e assim teve sua inclusão no rol de fundamentos da preventiva. Assim ficou a nova redação do referido artigo:

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim como o fundamento já existente, o da ordem pública (será melhor explicado posteriormente), o fundamento da ordem econômica também se apresenta como um elemento genérico, tendendo a descaracterizar a prisão preventiva como exceção e aproximá-la da “normalidade”. Portanto, pode-se dizer que essa reforma legislativa acaba por afastar da conduta constitucional pauta da presunção da inocência.

Posteriormente, foi acrescida, pelo artigo 42 da Lei 11.340/2006, a hipótese de decretar a prisão preventiva nos crimes que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei Maria da Penha, com a finalidade específica de garantir a execução das medidas protetivas de urgência:

Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 313.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”

A reforma que a Lei Maria da Penha traz a prisão preventiva não altera a sistemática desse instituto preventivo, tão somente visa proteger as mulheres. Pois essa lei tem como objetivo tutelar a integridade física, psíquica, moral, patrimonial, social e sexual da mulher, vítima de violência doméstica. A mulher no contexto doméstico é historicamente vulnerável e é justamente a isso que essa lei visa reparar. Portanto ela se traduz como um instrumento, no conjunto de muitos outros, no enfrentamento à violência de gênero contra a mulher.

A lei que verdadeiramente alterou substancialmente o sistema das prisões cautelares, após a Constituição Federal de 1998, foi a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, ao concretizar o princípio que impõe a prisão como *ultima ratio* através da previsão de medidas alternativas, que permitam ao juiz ter opções para evitar a aplicação da preventiva.

A Lei nº 12.403/11 dispôs uma perda da autonomia da prisão em flagrante e um condicionamento da prisão preventiva à observância de inúmeros fatores, sendo colocada, teoricamente, somente nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrassem insuficientes.

Ocorre que, a mesma lei que progrediu no sentido de abordar medidas que tornem a prisão como medida excepcional, ainda manteve a questionável disposição da prisão preventiva para assegurar a ordem pública.

Mais um passo adiante, veio a Lei nº 13.964/2019, comumente denominada de “Pacote Anticrime”. A nova Lei trouxe notáveis alterações nas áreas do direito penal e processual penal, notadamente no instituto da prisão preventiva.

O legislador, com essa Lei, teve como objetivo concreto dispor instrumentos que possam limitar a decretação da prisão preventiva, na medida em que os novos dispositivos deixam clara a exigência da análise bastante parcimoniosa do seu aplicador. Desse modo, observa-se uma tentativa de se aproximar a prisão dos preceitos constitucionais.

As duas últimas leis supramencionadas foram de extrema importância no tocante a aproximação dos princípios constitucionais à lei penal. Apesar de reconhecerem a situação que a prisão preventiva se encontra nos dias atuais – de ser aplicada de forma discricionária, e fornecer dispositivos para limitar a sua decretação, essas leis, pautadas em aspectos reformadores, mantiveram o fundamento da ordem pública, ponto central da discussão deste trabalho. Antes de entender o problemático encontro do instituto da prisão preventiva com o fundamento da ordem pública é necessário analisar as perspectivas históricas e filosófica-política da ordem pública.

1.2 AS PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICA-POLÍTICA DA ORDEM PÚBLICA

A análise das perspectivas histórica e filosófica-política da ordem pública parte dos processos históricos e econômicos de constituição dos Estados modernos ocidentais, onde a “ordem” passou a reger o que se entende como “público”, infiltrando-se na razão das suas existências.

O pioneiro na concepção de ordem na razão do Estado é o pensador filósofo Niccolò Dei Maquiavel, por meio da sua obra filosófica “O Príncipe”. O contexto histórico dessa obra se refere ao século XVI na Península Itálica, onde em nas suas várias regiões estavam ocorrendo contínuos conflitos de cunho, sobretudo econômico e, conseqüentemente, políticos (CORTINA, 1995). Dessa forma, descreve Arnaldo Cortina (1995, p. 90):

Quando Maquiavel escreve O Príncipe, em 1513, é essa a situação político-econômica das diversas cidades-estado da Península Itálica. Seu texto pretende discutir a concepção de um poder centralizador, com o propósito de estabelecer a unificação de toda a península. Dessa forma, estaria criado um Estado forte, capaz de se igualar ao francês e ao espanhol. Como, nessa época, quem detinha o poder político de Florença era Lorenzo II, é para ele que Maquiavel dedica seu trabalho.

A referida obra é a que melhor sintetiza os pensamentos maquiavélicos sobre a dinâmica real do poder, dando o ponto de partida para uma composição autoritária de Estado, e que mais tarde representaria a justificação de “ordem” para algumas nações ocidentais modernas. Assim, examina Joana Souza (2017, p. 09):

A partir de sua investigação, Maquiavel apontará que o Estado é, fundamentalmente, uma correlação de forças, que está alicerçada na dicotomia que há entre o desejo de domínio, por parte dos poderosos, e do desejo de liberdade, por parte do povo que o compõe (o Estado). Com tal entendimento, o filósofo afirma que é possível determinar a ação política com base no que é útil para manter uma nação unificada.

A chave para esse entendimento alcançado por Maquiavel é fruto histórico do seu tempo na medida em que, sendo um observador das questões políticas e econômicas do seu contexto,

[...] conseguiu perceber o confronto que se estabelecia entre o comportamento ético cristão e a nova ética burguesa que se formava. Ao

invés, porém, de bradar contra essa nova ética [...], o autor florentino propôs um programa em forma de alternativas: ou se voltava à velha noção de polis da Antiguidade e à sua ética comunitária ou se rejeitava tudo isso, aceitando a idéia da monarquia absoluta unificada na Itália e a situação ética que o capitalismo contemporâneo trouxera. (CORTINA, 1995, p. 92)

Com isso seu “manual do poder”¹ conseguiu ser a base dos Estados modernos e instituir a razão de estado na busca da preservação da ordem social através da sua própria conservação. (SOUZA, 2017)

[...] pode-se afirmar que as ideias trazidas por Maquiavel – sua razão de estado e sua forma de organização – foram fundamentais para a constituição de um Estado soberano nacional. Para que, no universo da Europa, fragmentado outrora por feudos, houvesse uma unificação em grandes porções territoriais, seria necessário que se instaurasse um domínio político específico e regido pelas ideias da preservação de um bem geral. Assim nascem, no primeiro momento, diversas nações como a França, Espanha, Portugal, e, já nos séculos XIX e XX, Alemanha e Itália. (SOUZA, 2017, p. 11)

Essa concepção vai influenciar diretamente o fortalecimento do Estado moderno, onde a partir dele o monarca amplia a esfera de sua competência exclusiva, afirmando-se soberano de todo o reino, adquirindo o poder supremo de justiça e de polícia e acabando por conquistar o poder legislativo (DALLARI, 2011). Dessa forma se concretiza a ordem na razão do Estado autoritário.

Mais adiante, a ordem na engrenagem autoritária estatal volta a aparecer no início do século XX. No contexto das consequências da I Guerra Mundial, o pessimismo e uma forte reação ao modelo de Estado alcançado, se integraram, não apenas nas massas, como também no pensamento filosófico daquele momento.

No tocante a esse momento, se destaca o jurista Carl Schmitt, o qual acabou por desenvolver uma filosofia autoritária que guiou os Estados nazifascistas ao resgatar a noção maquiavélica de razão de estado. A partir dessa construção ideológica, desenvolve-se o que ficou conhecido como uma garantia da ordem pública, que se tornou figura de suma importância no contexto do século XX e mais tarde incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2017).

¹ “Essa expressão, ‘manual do poder’, remete-nos a outra, ‘manual de instrução’, cujo sentido está implícito na primeira. Desse modo, a obra de Maquiavel corresponde a um ‘manual de instruções para a conquista e manutenção do poder de um príncipe’ e, como tal, constrói-se por meio de uma estrutura característica desse tipo de discurso, que tem por objetivo levar o enunciário a executar uma performance em consequência do que Greimas (1983) chama /saber-fazer/, adquirido por intermédio da revelação do enunciador.” (CORTINA, 1995, p. 93)

Com a ascensão do nazismo como sistema político dominante, Schmitt aos poucos se integra como importante pensador do regime autoritário (inicialmente era contrário ao regime). Não se pode afirmar que sua obra foi central no que diz respeito aos horrores provocados pela filosofia dominante, mas não há como separar sua trajetória daquele momento histórico. Em outras palavras, as ideias de Carl Schmitt foram condizentes com as de sua época (banalização do mal?), deixando rastros que nos servem de importante análise para compreender uma ordem inteiramente autoritária.

Sobretudo, seu pensamento ajuda a compreensão das noções de um estado de exceção e na ideia de inimigo público, sendo ele interno ou externo. Tais ideias justificam o que mais tarde, junto com as noções desenvolvidas por Manzini, foram incorporadas ao direito processual penal brasileiro, e que até hoje prevalecem como a filosofia que guia as decisões judiciais centradas numa repressão e desconfiança nos indivíduos (SOUZA, 2017, p. 16).

Essa filosofia autoritária dominante nesse contexto histórico serviu de influência para a construção do golpe de estado do Getúlio Vargas, concretizado pela Constituição Brasileira de 1937, a qual foi outorgada pelo presidente em 10 de novembro de 1937. Em seu próprio preâmbulo, defende-se o uso do sistema ditatorial para conter fatores de desordem e assim manter a paz política e social, veja-se:

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil: atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que um a notória propaganda demagógica procura desnaturar e m luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se e m tenhos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País [...] (BRASIL, 1937)

Essa constituição é fruto do momento histórico em que as elites sociais, os grandes proprietários e a Igreja católica precisavam de um estado autoritário e,

portando, centralizado para estabelecer novas instituições, que garantissem a ordem pública, para a manutenção dos seus interesses econômicos.

O Estado Novo implantado por Getúlio Vargas seguiu a tradição antiliberal preconizada por Carl Schmitt, sobretudo, na criação, posteriormente, do Código de Processo Penal de 1941. O ministro da época, Francisco Campos² (1941), justificou a criação desse Código na seguinte forma:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal (CAMPOS, 1941).

A soma dessas ideias termina por figurar a razão de estado como norteador das reformas legislativas trazidas por Francisco Campos. Assim, a ordem pública se estabelece como substância da legitimação do autoritarismo estatal no Brasil e desenvolve efeitos concretos em desfavor a grupos alheios aquele sistema vigente.

Tratando-se especialmente do Código de Processo Penal, a ordem pública presente no texto da legislação, nos moldes do que já foi estudado, carrega o espírito do pensamento de um Estado orgânico e unitário, em que um

² Francisco Campos, nesse período do Estado Novo, “[...] consolidou-se como um dos mais importantes ideólogos da direita no Brasil, aprofundando suas convicções antiliberais e passando a defender explicitamente a ditadura como o regime político mais apropriado à sociedade de massas, que então se configurava no país. Nesse sentido, tornou-se um dos elementos centrais, junto com Vargas e a cúpula das Forças Armadas, dos preparativos que levariam à ditadura do Estado Novo, instalada por um golpe de estado decretado em novembro de 1937. Nomeado ministro da Justiça dias antes do golpe, foi, então, encarregado por Vargas de elaborar a nova Constituição do país, marcada por características corporativistas e pela proeminência do poder central sobre os estados e do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. O período do Estado Novo foi marcado ainda pelo forte clima repressivo e pelas frequentes violações aos direitos individuais.” (FGV CPDOC, online)

soberano é encarregado de guiar a nação e buscar o bem comum, qual seja o caminho para a modernidade.

Já no que diz respeito aos efeitos práticos do espírito normativo da ordem pública, no momento em que esta foi concebida tratou de justificar a perseguição varguista a indivíduos considerados nocivos a essa nova sociedade que se buscava. Foi um momento de bastante dureza a grupos específicos já historicamente perseguidos, bem como de alinhamento ideológico aos estados fascistas, que foram responsáveis por enormes atentados à humanidade enquanto existiram. (SOUZA, 2017, p. 20)

Outro momento que podemos destacar na história do Brasil em que a ordem está presente na razão do Estado brasileiro é o golpe militar de 1964. Esse período ditatorial se iniciou institucionalmente com o Ato Institucional³ Número Um (AI-1), que, não por coincidência, foi redigido por Francisco Campos.

O historiador David Maciel (2004) vai entender a institucionalização da ditadura como sendo um aparente marco de fortalecimento da solidariedade entre as classes dominantes e o aparelho estatal. Isso se deve, por meio da institucionalização da ordem pública autoritária.

Nessa medida, Patrick Gomes (2013) ao relacionar o conceito da ordem pública empregado no Estado novo e no regime ditatorial ele expõe que mesmo que a concepção ideológica do Estado Novo era mais clara que a do regime instaurado em 1964, os Atos Institucionais publicados pelo regime ditatorial abusam também da expressão “ordem” para justificar a supressão de direitos, contudo, optam pela generalidade conceitual.

A exposição dessas perspectivas da ordem pública foi de suma importância para desenvolver uma análise crítica dessa noção no ordenamento jurídico brasileiro. Percebeu-se que a justificativa da ordem foi utilizada, primordialmente, em contextos autoritários que necessitavam desse fundamento na razão do Estado para legitimar instituições que necessitavam do estado para a manutenção ou preservação de interesses econômicos de uma classe dominante.

Diante o exposto fica o questionamento do por que esse fundamento se manter no ordenamento jurídico nos dias atuais, sobretudo presente como instituto autorizador da prisão preventiva. Portanto, assim, se torna necessário a observação crítica do encontro desses dois institutos.

³ Atos institucionais eram decretos com aspecto de norma, utilizados no período ditatorial que davam, em suma, plenos poderes aos militares e garantiam a sua permanência no poder. Esses atos eram marcos da institucionalização da ditadura que “legitimavam” a repressão e o controle militar do governo, como também a imposição de diversos instrumentos de cooptação e domesticação do conflito político com os partidos, com o processo eleitoral e com a estrutura sindical oficial, ambos desempenhados pela ordem política autoritária. (MACIEL, 2004)

1.3 O ENCONTRO DA PRISÃO PREVENTIVA COM A PERSPECTIVA DA ORDEM PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da análise das bases ideais, históricas e materiais que foram apresentadas anteriormente, se pretende nesse momento analisar criticamente o encontro da prisão preventiva com a perspectiva da garantia da ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro.

Formalmente, o encontro da prisão preventiva com a ordem pública se dá no Código de Processo Penal de 1941, criado durante o Estado Novo de Getúlio Vargas. Em seu artigo 313, a ordem pública é colocada como hipótese autorizadora dessa medida cautelar.

Contudo, a permissão de se determinar o encarceramento provisório para garantia da ordem pública, não foi algo inédito na rotina jurídica brasileira. Patrick Gomes (2013), ao analisar decisões do Supremo Tribunal Federal, dos anos 1936 ao 1945, observa que antes da vigência do Código de Processo Penal de 1941, a relação entre ordem pública e liberdade já eram abordadas nas decisões do Supremo Tribunal Federal, mostrando que já havia um direcionamento repressivo que acabou por contribuir “para a possibilidade de se determinar a prisão provisória para garantia da ordem pública” (GOMES, 2013, p. 72)

Nessa conformidade, a previsão legislativa apenas positivou, na lei processual, o encontro da prisão preventiva com a ordem pública, pois a possibilidade de segregação, para fins de preservação da garantia da ordem pública, já havia sendo construída na prática processual, além de já possuir suas raízes autoritárias.

Assim, se faz necessário, a princípio, debater o papel da ordem pública na prisão preventiva para compreender o que levou esse encontro acontecer. Por conseguinte, analisar as raízes autoritárias desse fundamento, especificamente, no tocante a decretação da prisão preventiva, desenvolvendo, assim, a percepção de como essa disposição representou e pode representar forte método de controle social e político e de contenção dos indivíduos à margem do escopo social que não eram e que não são de forma alguma desejados.

Após essa análise, deve-se entender como esse encontro se apresenta ao decorrer dos anos, tendo em vista que a ordem pública se manteve no dispositivo da prisão preventiva até os dias atuais. Posto isto, a análise recairá na

compreensão da forma desse encontro, isto é, do seu aspecto de manutenção. A sua manutenção se dá desde sua estreia no Código de Processo Penal de 1941 até as reformas que o mesmo sofreu ao longo dos anos.

1.3.1 O papel da ordem pública na prisão preventiva e suas raízes autoritárias

Como já foi observado, a ordem pública permeia aspectos da história brasileira, por meio da filosofia-política de cada contexto, instrumentalizada pelo aparelho estatal autoritário e pelos interesses econômicos das classes dominantes. Sob este prisma, conseqüentemente, ela desencadeia influências no direito penal brasileiro.

Diante disso, para examinar o papel da ordem pública na prisão preventiva é necessário compreender a contribuição da concepção de ordem pública e da prisão na ordem jurídica brasileira, tendo em vista que estas possuem diversas vestimentas ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro com finalidades envolvendo controle social.

Nesse sentido, é ilustrativo o trabalho de Boris Fausto (1984), que avalia a relação da criminalidade com o controle social desempenhado, sobretudo, pela repressão policial, ao analisar os dados sobre prisões na cidade de São Paulo, entre 1892-1896 e 1912-1916:

Os dados imprecisos que chegam até nós tendem a mesclar pelo menos dois elementos de difícil separação: a criminalidade real, entendida na sua acepção simples de infração às normas do Código Penal, e atividade policial, que vai muito além da prisão de eventuais criminosos, exercendo uma atividade de amplo controle social. (FAUSTO, 1984, p. 30)

O cientista político, nesse estudo específico, utiliza como uma das fontes a visão ampla da atividade policial que se sobressai enquanto agente do controle social e assim expõe:

A enorme defasagem entre o número de pessoas presas e pessoas processadas, em alguns anos onde a comparação é possível, revela claramente a significação das prisões como instrumento de controle social, mesmo tendo se presente que muitas detenções decorrem efetivamente de delitos que deixam de ser objeto de inquérito pela sua pouca importância, ineficiência ou corrupção do aparelho policial, acordos etc. Para ficar apenas em alguns poucos exemplos, em 1893, são presas 3466 pessoas na Capital registrando-se abertura de 329 inquéritos; em 1905 os presos

são 11036 e os processados 794; em 1907 há 9361 presos abrindo-se 1441 inquéritos. (FAUSTO, 1984, p. 31)

Portanto, percebe-se que a preocupação policial recaia sob a ordem pública, ou seja, a ordem pública operacionalizava as repressões policiais e as prisões realizadas nesse período diagnosticado. Não é à toa, como aponta o autor ainda, que essas repressões se destinavam massivamente às contravenções mais comuns da época, como “vadiagem”, “embriaguez”, “desordens”, que eram seletivamente empregadas pela nova leva de imigrantes na cidade de São Paulo, atraindo assim a atenção da polícia, preocupada com a manutenção da ordem pública.

Com o passar do tempo, especificamente no Estado Novo, a ordem pública ganha especial relevo, consubstanciando na criação do Código Penal, de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, ambos de 1941. No tocante a essas duas últimas legislações, expressa Guilherme de Souza (2016, p. 79):

Com o passar do tempo, continuou-se a privilegiar a proteção da propriedade privada, dos “costumes” e dos interesses das camadas dominantes, o que ficou visível no código de 1940 (veja-se a pena do crime de furto qualificado) (STRECK, 2009, p. 92-93). No entanto, além da defesa da propriedade e dos “costumes”, a Lei de Contravenções Penais, decretada no mesmo dia do CPP – e também encaminhada a Getúlio por Francisco Campos -, previa igualmente a punição do vadio, do ébrio e do mendigo (esta foi revogada somente em 2009; as outras duas continuam em vigor). O CPP, por sua parte, previa a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando, nos crimes afiançáveis, apurava-se no processo que o réu era vadio.

Posto isto, evidencia a correlação da repressão policial com as prisões processuais, tendo em vista que a mesma ordem pública que estava presente na repressão policial recaiu nas fundamentações da prisão preventiva, tanto diretamente, na disposição expressa no artigo 313, como indiretamente, por meio das delimitações ideológicas contidas nesse instituto.

Nessa conformidade, a previsão legislativa apenas positivou, na lei processual, a possibilidade de segregação para fins de preservação da ordem pública, consagrando assim em um meio eficaz para o encarceramento provisório.

As raízes autoritárias da ordem pública se revelam, pois, no seu perfil maleável e generalizante que o conceito da mesma possui. A possibilidade de ele

ser manipulado argumentativamente pelo poder vigente aduz a finalidade autoritária, que ele propõe, na contenção dos indesejados, por meio da medida cautelar.

Nesse contexto, é importante pensar a ordem pública como discurso apto a se adaptar pronta e facilmente a qualquer realidade política (GOMES, 2013, p. 32). O poder punitivo servia para, não somente confirmar as teses políticas e ideológicas de existência de um perigo geral (muitas vezes externo) para o bem comum que representavam aqueles que discordavam do projeto político posto – os inimigos da nova ordem –, como também, para levar ao isolamento todo aquele que tentasse questionar a ordem vigente, sendo que para isolar e segregar, nada melhor para este fim que as prisões (GOMES, 2013, p. 38). (SOUZA, 2016, p. 79)

A substância da ordem pública está diretamente ligada ao autoritarismo que, por outro lado, acaba por representar à forma como a prisão preventiva se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro. A ordem pública, como já demonstrada, foi utilizada estrategicamente visando à centralização e controle do Poder ao longo da história do Brasil. Partindo de um contexto autoritário, a matéria penal foi construída nessa concepção. Assim, analisam Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015, online):

[...] é preciso que se tenha consciência de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

Logo, o fundamento da garantia da ordem pública desempenha um papel elementar na prisão preventiva, levando em consideração a sua constante manutenção.

Como já citado, foi o Código de Processo Penal de 1941 que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a concepção da garantia da ordem pública. E não coincidentemente, veio por meio de uma hipótese autorizadora da prisão preventiva. Esse código facilitou a administração da política autoritária que Getúlio Vargas pretendia à época e marcou uma nova diretriz na repressão da criminalidade política.

Nos dias atuais, a “ordem pública” permaneceu na atual legislação processual para a aplicação da prisão preventiva, mesmo após a Constituição Federal de 1988. A manutenção desse instituto, originário de um contexto autoritário, se deve ao fato de possuir um conceito variável que serve tanto a regimes de cariz autoritário quanto aos democráticos e que, em termos práticos, pode ampliar ou restringir garantias, a depender do interesse ideológico em jogo.

[...] uma noção elástica de Ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e permite uma maior redução dos direitos de liberdade. Contudo, se bem que por motivos diferentes, observou-se sempre uma elasticidade semelhante nos ordenamentos primeiramente lembrados. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 851)

Portanto, a manutenção da ordem pública para a decretação da prisão preventiva nos dias atuais desencadeia diversas contradições no atual sistema do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que seu caráter mais abstrato e “poroso”, o qual é suscetível de interpretações díspares e variadas, gera contradições com os valores ideais do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO II - ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA LEITURA SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para obter uma análise crítica da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é necessário, conjuntamente com o alicerce histórico-social proporcionado anteriormente, desenvolver uma leitura sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

A leitura crítica do sistema jurídico brasileiro com o recorte da prisão preventiva é o objetivo deste capítulo. A noção de sistema como instrumento de análise se constitui como óculos que permitem compreender a realidade de forma a entendê-la, analisá-la e poder sugerir alternativas a ela. Em específico, a noção de sistema ajuda na compreensão do instituto jurídico a ser analisado.

Assim, neste capítulo, o estudo partirá da leitura crítica da norma constitucional e dos tratados internacionais, para assim desenvolver uma “lupa” interpretativa, alicerçada pelos direitos humanos, da legislação processual penal. Compreendendo que, o processo de humanização do processo penal, assume uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida “como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano [...]” (GIACOMOLLI, 2017, p. 13 *apud* CARVALHO; SILVA, 2018, p.120)

Dessa forma, será conquistado o alicerce teórico, normativo e material para desenvolver a análise dos desdobramentos da prisão preventiva, decretada como garantia da ordem pública, os quais serão objetos do capítulo seguinte.

2.1 ANÁLISE CONSTITUCIONAL

A expressão contemporânea do direito no Brasil se dá pela Constituição Federal de 1988, a qual foi fruto de forte movimento social e do movimento neoconstitucionalista⁴. Essa Carta Política de cunho democrático trouxe uma

⁴ Também chamado de pós-positivismo ou constitucionalismo pós-moderno, essa nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, desenvolvida a partir do século XXI (LENZA, 2016), é analisada pelo ministro Luís Roberto Barroso (2005), em seu renomado trabalho “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. Assim, ele expõe: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de

valorização dos direitos humanos, dispondo em seu corpo constitucional um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais. A partir disso, se deu a estruturação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Segundo o doutrinador Guilherme Nucci (2011), a construção e o fortalecimento do Estado democrático de Direito é uma consequência da própria compreensão e captação do significado da Constituição Federal na estrutura do ordenamento jurídico. Assim, se extrai a importância de se ponderar uma análise constitucional acerca do instituto da prisão preventiva, tendo em vista que a Carta Magna, além de impor modificações legislativas, através da recepção ou não das normas infraconstitucionais⁵ e do posterior controle de constitucionalidade⁶, se posiciona como uma ótica necessária na leitura do sistema jurídico brasileiro como um todo.

Nesse sentido, a atual Constituição Federal alterou significativamente a legislação processual penal, sendo constatável na introdução cada vez maior, nos textos constitucionais, de princípios e normas de cunho processual pautados na garantia do cidadão em face do Estado. Segundo Luís Roberto Barroso (2005, p. 41), “a Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria”.

A partir dela, formalmente, o direito penal se aproxima dos valores democráticos, da dignidade da pessoa humana e da liberdade do acusado, diretrizes típicas do modelo garantista de aplicação da lei penal. Assim, toda e qualquer política criminal que busque atuar de modo legítimo deve ter como fim o resguardo dos direitos e das garantias inerentes ao cidadão.

ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. (BARROSO, 2005, p. 06). Portanto, pode-se dizer que este movimento proporcionou uma expansão da jurisdição constitucional e, por conseguinte, a necessidade de elaboração de uma nova forma de interpretação constitucional.

⁵ O fenômeno da recepção recai sobre as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição. A respeito desse instituto, o doutrinador Pedro Lenza (2016, p. 236) conceitua que “todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, a *contrário sensu*, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova ‘roupagem’”.

⁶ O doutrinador Pedro Lenza (2016) entende o controle de constitucionalidade como um mecanismo, criado pelo legislador constituinte, por meio do qual se controla os atos normativos na medida em que se verificam os preceitos previstos na “Lei Maior” para compreender a sua validação. Dessa forma, “a ideia de controle [...] pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.” (LENZA, 2016, p. 281)

Devemos partir da visão constitucional de direito e democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e garantias humanas fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal. (NUCCI, 2011, p. 80)

Os princípios processuais penais, com a nova roupagem trazida pela Carta Magna de 1988, deixaram de serem vistos como meras declarações, passando a serem parâmetros para o exercício do poder estatal. Dessa forma, os pensadores do processo penal brasileiro passaram a debater pontualmente a necessidade de uma releitura do Código de Processo Penal mediante as novas diretrizes trazidas pelos princípios democráticos, sobretudo, do princípio da presunção de inocência.

O “status constitucional” que a presunção de inocência passou a ter, influenciou diretamente o instituto da prisão, sendo a liberdade o estado natural da pessoa humana, a nova lógica se voltou para ela ser a regra e a prisão ser a exceção. Previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, expressa que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dessa forma, toda prisão em nosso sistema deve preencher os requisitos legais e ser extremamente fundamentada, caso contrário será considerada uma prisão ilegal que deverá, conforme determina o inciso LXV do Artigo 5º, da Constituição, ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

A relevância desse princípio, como demonstrado, aflora na matéria penal na medida em que a constrição cautelar da liberdade passa a ser entendida, na lei, como a mais grave intervenção que o poder estatal pode exercer sobre a liberdade de um indivíduo. Nessa perspectiva, o constitucionalista Pedro Lenza (2016, p. 1239), referenciando o supramencionado princípio, evidencia a concepção de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo o MP ou à parte acusadora [...] provar a culpa.” Portanto, a presunção de inocência, no atual Processo Penal, acabou por configurar-se em uma medida de caráter assecuratório do devido processo legal.

O doutrinador Fernando Capez (2019, p. 82) entende que o devido processo legal “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece na lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV).” Esse princípio primordial

do ordenamento jurídico brasileiro garante ou deveria garantir o estado de inocência do acusado, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Para isso o direito processual penal deve-se ser observado a partir dos princípios constitucionais, enquadrando-se as diretrizes do Estado democrático de direito.

Considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e das garantias humanas ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que, à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se. (NUCCI, 2011, p. 80)

Dessa forma, o artigo 312 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a prisão preventiva, posiciona-se como uma norma jurídica de grande contestação a partir dos pressupostos da Constituição de 1988. Essa inobservância da norma constitucional acarreta o fenômeno que a doutrina e a jurisprudência vêm denominando de “atipicidade constitucional”. Mesmo com a presença de progressistas disposições constitucionais, a prática penal se demonstra distante do que as mesmas se propuseram.

Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável. (BARROSO, 2005, p. 41)

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, com o seu rol de garantias fundamentais, deve servir de norte na leitura das normas infraconstitucionais. Logo, a princípio, deve-se enfrentar a problemática escassez de interpretações harmônicas do Código de Processo Penal com a Carta Constitucional, tendo em vista que, embora superada temporalmente, a legislação baseada no discurso da defesa social e do fascismo italiano continua distantes dos princípios constitucionais, principalmente no tocante a prisão preventiva.

2.2 A PERSPECTIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Diante dos dias atuais, todas as áreas do direito, tanto na sua forma material quanto na sua forma formal, não podem mais ser observadas somente no âmbito reservado de cada nação, devendo ser verificadas em face de algumas ideias

fundamentais e universais, traduzidas em convenções e textos internacionais, os quais são conceitos alicerçados nas ideias de universalização e internacionalização dos Direitos Humanos.

A internacionalização dos direitos humanos implicou no reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional e se um Estado negar tal direito seria responsabilizado internacionalmente. A construção histórica desse processo, conjuntamente com a da universalização dos direitos humanos, implicou na criação da sistemática normativa internacional de proteção desses direitos. E, assim, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, conceitua Thomas Buergenthal (1995, p. 01) “[...] é definido como o Direito que trata tanto da proteção dos indivíduos e grupos contra a violação, por parte dos Governos, de seus direitos internacionalmente garantidos, como da promoção desses mesmos direitos.” (*apud*, PIOVESAN, 2013, p. 71)

A criação de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, em complemento ao âmbito de proteção interno de cada país, se tornou necessário, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, momento o qual se vivenciaram atrocidades inolvidáveis para a humanidade, produto do cataclismo político e social que, por sua vez, também originou em um sistema punitivo fundado na ideologia do Direito Penal do Inimigo⁷.

É importante localizar os ordenamentos jurídicos que possibilitaram, perante a lei e o positivismo jurídico, a edificação do regime fascista e do nazismo alemão, ideologias chaves para a concretização das atrocidades vividas durante a Segunda Guerra Mundial. A edificação do regime fascista apoiou-se na produção de um sistema de legislação penal que culmina no Código de Rocco, de 1930, o qual foi manobrado a favor dos princípios que alicerçam uma dada ordem política, voltada à segurança do Estado e à reforma do ordenamento penitenciário. Não coincidentemente, o idealizador desse código, Vincenzo Manzini, entendia o princípio da presunção da inocência como uma teoria absurda. Assim expõe o doutrinador Aury Lopes Jr. (2019, p. 353-354):

⁷ “A instituição de um Direito Penal do Inimigo, defendida por Günther Jakobs e outros, parte da concepção controvertida de que haveria indivíduos que, por sua posição (seja renitente, seja por determinada modalidade de conduta) ao sistema social, devem ser considerados não pessoas, podendo (e, para alguns, até devendo) ser combatidos como inimigos do Estado. Os inimigos não são tratados como seres humanos, mas apenas como fontes de perigo, em virtude de uma falta de segurança cognitiva do comportamento pessoal desses indivíduos”. (FRAGOSO, 2014, p. 212)

A presunção de inocência foi motivo de burla por parte de VINCENZO MANZINI, para quem ela não passa de uma absurda teoria ideada pelo empirismo francês. Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco, de 1930, não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo.

O direito penal nazista se constitui como o mais emblemático caso concreto do Direito Penal do Inimigo (FRAGOSO, 2014), que culminou na atrocidade do holocausto que recorta a sangue a história da humanidade, evidentemente constado no Projeto de Código Penal de 1936.

A fundamentação do projeto de 1936 consignava 'o verdadeiro perturbador da paz, o inimigo, devia ser combatido com a arma do direito penal', aderindo, expressamente, a um Direito Penal do Inimigo. Este projeto de Código Penal não se transformou em lei, nem foi instituído por decreto (como, aliás, era mais comum a época). Mas a lamentável e sinistra atualidade de seu discurso criminológico (então explícito, e, hoje em dia, velado [e talvez, por isso, mais perigoso]) e de suas propostas político-criminais (basta ver certos dispositivos vigentes e, principalmente, certos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional) mostra que o exame do projeto de CP nazista pode ser bastante profícuo, para evidenciar a que resultados pode levar o autoritarismo no exercício do poder punitivo. (FRAGOSO, 2014, p. 212)

Em respostas a essas disposições que positivaram o autoritarismo, os direitos humanos passaram a ser tutelados de forma global, por meio do Sistema das Nações Unidas, e de forma local, dentro de cada continente, diante da criação dos sistemas regionais. Os direitos humanos aqui são entendidos “[...] como unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”. (PIOVESAN, 2013, p. 75)

Dessa forma, os países firmam internacionalmente declarações conjuntas, com diversas normas garantidoras, visando assumir o compromisso de respeitar os direitos básicos do indivíduo no âmbito doméstico. Com isso, os Estados passaram a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em caso de violação a direitos fundamentais, a resposta do direito doméstico se mostra insuficiente ou inexistente. Assim constitui-se o sistema de proteção aos direitos humanos, permitindo, conseqüentemente, uma nova lógica ao processo penal no âmbito doméstico.

No que se refere à posição do Brasil frente ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que este sistema somente passa a ser incorporado a partir do processo de democratização, onde o Brasil passou a ratificar relevantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Contudo, somente ganhou primazia, no âmbito doméstico, com a Constituição Federal de 1988, na medida em que esta estabeleceu os direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais. Segundo a jurista Flavia Piovesan (1999, p. 75) “a partir dela os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil”.

Os tratados internacionais de direitos humanos, e a atuação dos órgãos regionais de proteção aos direitos humanos, como os que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se destacam como um dos principais instrumentos assecuratórios de humanização do processo penal.

Podem-se destacar os seguintes dispositivos legais que possuem uma repercussão drástica sobre a lógica de instrumentalização do processo penal e buscam, em última análise, prescrever o mandamento do princípio primordial do processo penal: o princípio da presunção da inocência: “Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (Convenção Interamericana de Direitos Humanos); “Artigo XXVI. Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade.” (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem); “ARTIGO 14 [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Nesse sentido, situa-se que o processo penal brasileiro e seus desdobramentos devem estar submetidos pelo sistema de proteção aos direitos humanos visando à proteção, em especial, da dignidade da pessoa humana. Assim, “embora as diretrizes fundamentais do processo penal devam ser extraídas da Constituição Federal, há diversos standards internacionais já assentados, no

tocante aos direitos humanos, dos quais os Estados não podem se afastar.” (MENDONÇA, 2014, p. 97)

Portanto, as noções relacionadas à prisão não podem descurar de identificar, nas fontes internacionais, critérios já sedimentados, dos quais internamente os Estados devem respeitar. A partir disso, expressa Andrey Borges De Mendonça (2014, p. 75)

No contexto da internacionalização das garantias do processo penal, importante mencionar o Código Modelo de Processo Penal para a Ibero-América, que foi um marco de grande relevância para as alterações realizadas em diversos países e inspirou também a reestruturação das medidas cautelares. Basicamente, referido Código adotou as modernas tendências do processo penal, inclusive que decorriam dos Tratados Internacionais, na busca de equilíbrio entre os interesses da persecução penal e garantias da dignidade da pessoa humana, tendo grande influência política nas reformas operadas na América Latina e no Brasil. No tocante às medidas cautelares, referido Código estabeleceu a necessidade de proporcionalidade entre a medida, a infração e a pena, limite máximo de duração para a prisão e a indenização no caso de prisão indevida. Previu, ainda, longo rol de medidas alternativas à prisão, visando caracterizá-la como excepcional e subsidiária.

Neste sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em setembro de 2017, importantes documentos relativos à prisão preventiva na América Latina, são eles: o Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América, o Guia prático sobre medidas destinadas a reduzir a prisão preventiva e o Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas. Cuida-se de uma continuação dos estudos da CIDH sobre o uso excessivo da prisão preventiva, já previsto no Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas de 2013. Os supracitados documentos apontam a prisão preventiva como um problema crônico em muitos países da região, destacando a disfuncionalidade estrutural que se desencadeia.

Outro movimento internacional importante que podemos destacar no âmbito da prisão preventiva é a Agenda 2030 da ONU⁸. Esta Agenda consiste em um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal por meio de seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS,

⁸ Documento proposto em setembro de 2015, pelos representantes dos 193 Estados-membros da ONU que se reuniram em Nova York para firmar as tomadas de medidas ousadas e transformadoras que tem por finalidade promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos sem deixar ninguém para trás. Segundo António Guterres, Secretário Geral da ONU "A Agenda 2030 é a nossa Declaração Global de Interdependência." (Plataforma Agenda 2030, online).

e 169 metas. Aqui limitaremos a menção ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16), que por ter como foco a promoção da paz, da justiça e das instituições eficazes, isto é, promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (Plataforma Agenda 2030, online), pois este serve de ponto crítico a temática da prisão preventiva.

O ODS 16 tem vinculada a meta 16.3, a qual propõe a promoção do Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e a garantia à igualdade de acesso à justiça, para todos. Nessa perspectiva percebe-se que a prisão preventiva, nos moldes atuais que serão melhores observados ao longo deste trabalho, pode-se constituir-se como um obstáculo na conquista substancial do ODS 16 proposto pela ONU.

Em suma, como demonstrado na análise de alguns mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, percebe-se que o organismo internacional aponta suas diretrizes para que sejam observados os princípios fundamentais do Estado democrático de direito. Isto interfere no processo penal e na matéria da prisão preventiva e, em seguimento, nas medidas para reduzir o uso e a duração da detenção preventiva.

Contudo, o Código de Processo Penal de 1941, em vigor, ao mesmo tempo em que reconhece essas diretrizes e possui dispositivos que as formalizam, também mantém dispositivos que instrumentalizam a excessiva aplicação da prisão preventiva, problemática essa que contradiz a humanização do processual penal. Para que seja analisado o anteriormente afirmado, agora passamos a analisar a lei processual acerca do tema.

2.3 LEI PROCESSUAL PENAL

A prisão preventiva faz parte do gênero prisão cautelar. Conforme já demonstrado anteriormente, esta modalidade é a única espécie do gênero das prisões cautelares capaz de cercear a liberdade do indivíduo em todas as fases processuais, ou seja, aquelas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Diante disso, por se tratar de um gravoso cerceamento antecipado de liberdade, a lei processual penal, no intuito de se aproximar das diretrizes democráticas, disponibiliza requisitos essenciais para a licitude da prisão.

Este instituto está previsto a partir do artigo 312 do Código de Processo Penal de 1941 e possui como pressupostos gerais o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Este primeiro diz respeito à exigência da “[...] prova da existência do crime e indício suficiente de autoria [...]” para a decretação da prisão preventiva.

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (LOPES JR., 2019, p. 634)

Já o *periculum libertatis*, apresenta-se como sendo um risco real e concreto na permanência do indivíduo em liberdade, seja para assegurar a persecução criminal, seja para garantir a desejável segurança da coletividade. Segundo o doutrinador Aury Lopes Jr. (2019, p. 636), o fundamento *periculum libertatis* se constitui dos “[...] conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária [...]”.

Dessa forma, o fundamento do *periculum libertatis* se expressa por meio das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, supostamente utilizáveis para assegurar o bom funcionamento da justiça. “Tais situações, para a decretação da prisão, são cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar-se a medida cautelar” (LOPES JR., 2019, p. 636). Estas estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A maior parte da doutrina admite a aplicação dessa medida cautelar para a conveniência da instrução e para assegurar a aplicação da lei penal, visando à tutela da efetividade do andamento processual. Todavia, a expressão “conveniência” é amplamente criticada por ser um termo aberto e ligado a uma vasta discricionariedade (LOPES JR., 2019).

[...] não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*. Daí por que é incabível a prisão preventiva com esses fins, em que pese o emprego por parte de alguns. (LOPES JR., 2019, p. 638).

Posto isto, esse fundamento pode ser empregado desde que seja na perspectiva da necessidade e não da mera conveniência. Assim, esse fundamento diz respeito ao *periculum in mora*, induzindo que se o réu estiver solto durante a instrução criminal não será possível chegar à verdade real, pois o agente estará perturbando ou impedindo a produção de provas, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, apagando vestígios do crime etc. (CAPEZ, 2019), ou seja, o imputado sob o seu estado de liberdade coloca em risco a coleta da prova ou o desenvolvimento do processo (LOPES JR., 2019).

Assegurar a aplicação da lei penal é o fundamento que mais se assemelha a proposta da prisão preventiva. Previsto para evitar que o imputado fuja, impossibilitando a aplicação da possível pena cominada. Ressalva-se que, quando usado equivocadamente, também possui a face da arbitrariedade. Em referência, Aury Lopes Jr. (2019, p. 638) expõe que “não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu; tem de estar fundado em circunstâncias concretas”. Portanto, não se deve presumir a fuga e, em conformidade aos princípios processuais, deve-se ter como norteador a presunção da inocência.

As hipóteses autorizadoras supracitadas costumam ser aceitas, pois se relacionam com a instrumentalidade processual. Todavia, a doutrina se divide quanto à finalidade efetivamente cautelar das outras duas hipóteses autorizativas: garantia da ordem pública e da ordem econômica.

A garantia da ordem econômica, instituída pela Lei 8.884/1994, Lei Antitruste, na prática forense tem pouca aplicação e teria sido incluída no artigo 312 do CPP com a intenção de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que afetam a harmonia da ordem econômica, isto é, do sistema financeiro ou mercado de ações e valores. A necessidade da medida cautelar nessa temática é praticamente inexistente, tendo em vista que “em crimes contra a ordem econômica, a prisão de

um e/ou mais integrantes da organização não a destruirá, sendo certo que outro agente fatalmente irá ocupar seu lugar” (LIMA, 2017, p. 1277). Posto isto, seria mais coerente na tutela da ordem financeira e para evitar a reiteração delitiva, a indisponibilidade de bens que geram o fato criminoso.

Em relação à garantia da ordem pública, esta será mais bem desenvolvida no capítulo seguinte. Todavia, cabe apresentar, neste momento, os conceitos doutrinários acerca deste fundamento. Segundo o doutrinador Fernando Capez (2019) “garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo”, e limita suas ressalvas ao fundamento apontando que não poderá ser empregado sob o clamor popular, concluindo que “[...] a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva” (CAPEZ, 2019, p. 341).

Apesar de as ressalvas levantadas por Fernando Capez serem necessárias, o doutrinador Aury Lopes Jr. (2019) que será mais atento a este fundamento, na medida em que sustenta sua crítica ao apontar o quanto o conceito empregado é vago, impreciso e indeterminado. Ele observa que esse fundamento é recorrente nas decisões judiciais e mais se apresenta como “[...] um antídoto para a omissão do Poder judiciário, Polícia e Ministério Público.” E conclui que se trata de uma medida “[...] para reafirmar a ‘crença’ no aparelho estatal repressor” (LOPES JR., 2019, p. 637).

Sob este prisma, a atuação dos juízes permaneceu utilizando o fundamento da garantia da “ordem pública” para decretar prisões preventivas fundadas nos critérios apontados, potencializando a prisão preventiva como instrumento eficaz do Direito Penal do Inimigo. As interpretações dadas à expressão “garantia da ordem pública” são violadoras do princípio da presunção de inocência, pois, ou desconsideram a avaliação da necessidade da medida, ou se fundam em presunções e antecipações do juízo de culpabilidade.

Ademais, esgotando os requisitos do artigo 312, passa-se a análise brevemente de alguns requisitos específicos, especificamente, para melhor entender como a prisão preventiva se apresenta nos dias atuais, os que sofreram significativas alterações após a Constituição Cidadã. Pode-se destacar como as principais leis responsáveis por essa nova ordem processual nas medidas cautelares: a Lei nº 12.403/11 e a Lei nº 13.964/2019.

Com a influência da nova hermenêutica estabelecida pela Constituição Federal, adveio a Lei nº 12.403/11 para alterar substancialmente o sistema das prisões cautelares e, por fim, se aproximar o processo penal dos direitos constitucionais. Essa nova disposição resultou na perda da autonomia da prisão em flagrante e no condicionamento da prisão preventiva à observância de inúmeros fatores, sendo colocada, teoricamente, somente nos casos em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem insuficientes.

Ademais, adveio a Lei nº 13.964/2019, que alterou várias disposições do Título IX, Capítulo III do Código Processual Penal, o qual se refere as prisões preventivas. A primeira mudança que essa Lei trouxe ao referido instituto é dada pelo novo artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual veda a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz. Assim dispõe:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Além disso, o §2º do Artigo 312 do CPP, introduzido pela nova legislação, traz ainda como novas exigências para a decretação da prisão preventiva, o receio de perigo e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos.

Ademais, o legislador reconheceu o descaso quanto ao tempo de duração da prisão preventiva na realidade dos processos criminais e dispôs uma regra nova, no parágrafo único do artigo 316, onde obriga o Poder Judiciário a ser mais cuidadoso e a revisar, periodicamente, essas prisões para observar se os motivos e fundamentos que a justificaram, ainda perduram, veja-se:

Art. 316 [...] Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Por fim, pode-se destacar o disposto no novo §2º do Artigo 313, o qual formalizou no rol de pressupostos para a decretação da prisão preventiva a direta vedação da antecipação de pena, veja-se:

Art. 313 [...]

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Diante de todo o exposto, verifica-se a problemática que acompanha o instituto da prisão preventiva, constatada desde as críticas dos doutrinadores a respeito, até as inúmeras reformas que o instituto sofreu. Isso é dado pelo fato de que o valor que é dado à liberdade, desperta inevitáveis tensões ao se tratar sobre sua restrição. Tratando-se de constrição antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o tema fica ainda mais complexo ainda, considerando o difícil equacionamento entre a consagração, no texto constitucional, do princípio da presunção de inocência e a possibilidade de encarceramento antes da condenação definitiva, ainda mais preservando dispositivos e leituras jurídicas de regimes autoritários.

Portanto, nessa perspectiva que se dará a crítica ao fundamento da ordem pública, fundamento instituído no ditatorial Estado Novo. Apesar de todos os ditames trazidos pela nova ordem processual, constitucional e internacional, baseados no processo humanizado, este fundamento em especial acaba por instrumentalizar sistemas opressivos que distanciam o direito penal brasileiro das diretrizes do Estado democrático de direito. A análise dessa perspectiva se dará no próximo capítulo.

CAPÍTULO III – O FUNDAMENTO DA ORDEM PÚBLICA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA INSTRUMENTALIDADE COM OS SISTEMAS DE OPRESSÕES

A delimitação desse capítulo se dá a partir da tarefa de compreender os desdobramentos do instituto da prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública e, juntamente, analisar as instrumentalidades que este instituto possui com os sistemas de opressões interligados, historicamente, ao Estado brasileiro.

Para isso, a composição deste capítulo inicia-se a partir da crítica ao fundamento da garantia da ordem pública, tendo em vista que esta permite fazer uma leitura crítica dos elementos estruturais do direito penal no Brasil e principalmente do encarceramento em massa preventivo.

Como já demonstrado, quando se analisa o histórico da prisão preventiva, identifica-se a permanência especial do instituto da ordem pública, seja como ideologia empregada, seja na disposição da lei enquanto fundamento que permite a decretação da prisão preventiva. Este instituto, estruturado no contexto do autoritarismo no Brasil, instrumentalizou como ideologia e como prática penal a política criminal voltada para o endurecimento do Direito Penal.

Assim, ao se manter em vigência até os dias atuais, acaba por dar continuidade a sistemas opressores que utilizam a prisão como forte controle social para se garantir a estrutura estatal imposta. Concomitantemente, o fundamento da ordem pública se traduz em um fundamento vago capaz de se moldar em prol dos interesses das classes dominantes.

Dessa forma, este capítulo analisará a construção de um “inimigo no direito penal”⁹ para que assim possa desenvolver a análise de que para grupos específicos da sociedade, no contexto de determinadas classes sociais, os direitos fundamentais estão somente no plano de sua formalidade quando analisados.

Apesar do avanço obtido na consolidação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, os chamados inimigos, que perdem as garantias penais e processuais, tem uma seletividade bem delimitada pelo contexto político,

⁹ Conceito desenvolvido pelo jurista Eugenio Raúl Zaffaroni em sua obra “O inimigo no direito penal” (2007).

econômico e social dos dias atuais, que traz em suas bases o histórico do racismo, da punição aos pobres e do autoritarismo.

A doutrina atual costuma passar por cima do dado da seletividade, o que é muito significativo, pois se trata da característica estrutural mais vulnerável à crítica política e social do poder punitivo. Diferentemente desta ignorância, ou omissão, atual e pouco explicável, a doutrina pré-moderna fazia carga contra o posicionamento crítico ou o prevenia. A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo. (ZAFFARONI, 2007, p. 88)

Portanto, a análise crítica deste capítulo importará apontar como em nome de proteção da ordem pública são impostas sérias restrições a direitos fundamentais, através da decretação de prisões cautelares e quais sistemas de opressão a grupos específicos da sociedade, que dão continuidade.

3.1. CRÍTICA AO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Na passagem dos anos de vigência do Código de Processo Penal de 1941, existiram grandes mudanças na legislação processual, no que tange ao tratamento da prisão preventiva, porém, como já discutido, o fundamento da ordem pública se manteve. Junto à disposição na lei, as ideologias que norteiam o fundamento também se preservaram ao decorrer dos tempos.

As novas disposições, trazidas inclusive pela Lei nº 13.964/2019, não são eficazes, no plano material, de inibir o uso equivocado da prisão preventiva, tendo em vista que o fundamento da garantia da ordem pública é extremamente impreciso e depende da valoração axiológica do juiz, aspecto que possibilita ao magistrado uma enorme margem de interpretação no momento de tomar a decisão. Dessa maneira, critica Joana Souza (2017, p. 30):

Não obstante, o conjunto normativo com fulcro no princípio da culpabilidade, bem como sua introdução à cultura de aplicação das leis resultaram em uma enorme resistência de adequação do Código de Processo Penal de 1941 ao modelo constitucional. Por mais que a doutrina tenha seguido o caminho de constitucionalizar a lei processual penal, a jurisprudência não caminhou no mesmo ritmo, ainda possuindo forte inclinação ao modelo autoritário anterior.

O que terminou por ocorrer em termos práticos foi a decretação da prisão preventiva de maneira desmedida com a fundamentação na maior parte das vezes na garantia da ordem pública, que acabou se consolidando como uma cláusula aberta para prender.

A doutrina dominante entende que o fundamento da ordem pública é incompatível com o caráter instrumental das medidas e com os princípios constitucionais e processuais, sobretudo da legalidade, haja vista que seu conteúdo semântico é indefinido, obscuro, subjetivo, amplo e gera insegurança jurídica. Ainda, discorre Felipe Silveira (2015, p. 215):

Em um regime democrático, a banalização da prisão preventiva é um problema grave que demonstra uma realidade onde os direitos fundamentais dos indivíduos são preteridos em nome de uma pretensa defesa social, o que nos remete a uma leitura do processo criminal típica dos regimes autoritários. [...] o instituto da prisão preventiva adere à lógica seletiva do sistema penal, [...] o fundamento da garantia da ordem pública, mantido na Nova Lei de Medidas Cautelares, possui relação com a banalização da prisão preventiva, sobretudo, nos casos envolvendo os indivíduos pertencentes aos estratos economicamente menos privilegiados da população.

Ademais, a constrição preventiva como garantia da ordem pública, apresenta contrariedades com os princípios constitucionais e até das disposições da Lei nº 13.964/2019, se apresenta com fortes resquícios de autoritarismo e se baseia em alarmas sociais referentes à midiática sensação de insegurança social¹⁰.

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo. (LOPES JR., 2019, p. 650)

A ordem pública se distancia dos princípios que acompanham o processo penal, a título de exemplo podemos destacar o da excepcionalidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da necessidade. Portanto, percebe-se uma materialização evidente da contradição de um Brasil que, mesmo sendo um Estado Democrático de Direito, com a previsão de direitos e garantias

¹⁰ A sensação de insegurança social que ao certo é derivada, sobretudo, da grande mídia, culmina em um medo imperado na sociedade contemporânea, que influencia o processo de produção e modificação das normas jurídico-penais. Contudo, essa sensação não é natural e sim construída pelas narrativas das elites midiáticas, fazendo com que o medo do perigo tenha como foco a periferia. Ao fim, o caminho se constrói em querer cada vez mais o encarceramento dos indivíduos em prol da sua segurança privada. Contudo, Angela Davis (2020, p. 17) denuncia que “esse é o trabalho ideológico que a prisão realiza – ela nos livra da responsabilidade de nos envolver seriamente com os problemas de nossa sociedade especialmente com aqueles produzidos pelo racismo e, cada vez mais, pelo capitalismo global”.

individuais, no plano material se apresenta como um Estado policial, que se legitima a cada instante pelo discurso da eficácia e da segurança da lei penal.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal vem restringindo a aplicação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, no sentido de não mais aceitar a gravidade do delito como critério idôneo para justificar a prisão preventiva, afastar o clamor público para a sua decretação, rejeitar as decisões sem fundamentação idônea e exigir dos juízes a justificação da privação de liberdade provisória através de fatos concretos, não apenas com base em mera citação do texto legal. Em vista disso, pode-se destacar o memorável *Habeas Corpus* 94404 de São Paulo, com a relatoria do Ministro Celso de Mello que enfrenta pontualmente todas as equivocadas interpretações provocadas pelo fundamento da ordem pública. O referido *Habeas Corpus* que entende a prisão preventiva deve, somente, ser decretada em situações de absoluta necessidade, tendo em vista que se trata de uma extraordinária, aponta os seguintes preceitos essenciais:

A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO SE QUALIFICA, SÓ POR SI, COMO FUNDAMENTO AUTORIZADOR DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional da prisão cautelar, a alegação de que, se em liberdade, a pessoa sob persecução penal fragilizaria a atividade jurisdicional, comprometeria a credibilidade das instituições e afetaria a preservação da ordem pública. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de

legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prevalece assim, todavia o que se indaga é: não seria essas implicações defendidas pelo STF o que a própria ordem pública representa no instituto da prisão preventiva? Apesar da prática penal assim demonstrar, o fundamento da garantia da ordem pública ainda é considerado legítimo pelos Tribunais Superiores. Contudo, as críticas que giram entorno desse problemático fundamento devem se manter e apontarem “[...] por uma necessária modificação cultural, pela compreensão adequada do fenômeno criminal e do próprio sistema penal, que é seletivo e tem se mostrado ineficaz [...]” (SILVEIRA, 2015, p. 240)

Pois, mesmo com as inúmeras novas disposições para evitar o uso crescente da prisão preventiva e com os entendimentos dos Tribunais Superiores propondo “limites” interpretativos, esse fundamento ainda se faz presente nas decretações dos magistrados para autorizar a sua decretação, mantendo a prisão, na prática, não como uma exceção e sim como uma regra a grupos sociais deslocados do acesso a justiça plena.

3.2 ANTECIPAÇÃO CONCRETA DA PENA E O ENCARCERAMENTO EM MASSA PREVENTIVO

A manutenção do fundamento da ordem pública para a decretação da prisão preventiva dá continuidade a mecanismos presentes em certos contextos históricos, onde o aprisionamento era destinado a grupos específicos e modelado por interesses econômicos e políticos, sobretudo, na esfera do Estado autoritário.

Nesses contextos autoritários, com a ordem pública pautada na razão do Estado, a antecipação de culpa era vista com naturalidade, e até com certo grau de necessidade, nos procedimentos criminais. Por esse ângulo que se faz presente o viés ideológico originário do atual Código de Processo Penal, de modo que, contrariando preceitos constitucionais, aparatos jurídicos repressivos ainda permanecem na ordem do dia no que concerne a aplicação das leis.

Além do mais, com o fundamento da garantia da ordem como possibilidade de decretação da prisão preventiva acaba por fornecer instrumentalidade para, na

ignorância do princípio da presunção de inocência, decretar a prisão preventiva. O magistrado responsável pela decretação da preventiva se entendesse o processo penal sob a ótica desse princípio não teríamos uma antecipação da pena na medida em que a prisão preventiva atualmente é aplicada muito mais com viés de prisão pena do que prisão cautelar.

Portanto, percebe-se que este fundamento ainda nos dias atuais se configura como uma grave inconstitucional antecipação da pena na prisão preventiva, tendo em vista que, através do seu impreciso conceito, vão a contramão das recentes conquistas democráticas obtidas através da consolidação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Na medida em que não se compreende os norteadores da prisão preventiva, se materializa a antecipação concreta da pena e como consequência, o encarceramento preventivo em massa. Nesse sentido, a ordem pública se constitui como uma fonte de encarcerar pessoas.

Ainda que as soluções anunciadas para o problema da superpopulação prisional passem corriqueiramente pelo discurso da criação de novas vagas, a superlotação carcerária em todo o país não é um problema de falta de vagas. Na verdade, a falta de vagas é uma consequência, que está ligada a uma lógica de superencarceramento: a superlotação existe porque se encarcera cada vez mais no Brasil [...] (SILVA, 2018, p.42)

A desenfreada decretação da prisão preventiva e suas consequências para a superlotação do aparelho prisional brasileiro é marcada por um perfil específico de preso preventivo.

O aumento constante dos índices de encarceramento liga-se a uma perspectiva relacionada à “demanda punitiva” de que nos fala Vera Andrade: a ideia de que a resposta para o alarma social ante a “violência”, representada pela “criminalidade de rua”, se traduza sempre em mais punição – normalmente voltada aos indivíduos que preenchem os estereótipos em que se funda o imaginário sobre quem pratica essa “criminalidade de rua”. (SILVA, 2018, p. 46)

Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015, online) analisam a problemática da prisão como meio do Estado demonstrar justiça e entende que “quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso [...] incompatível com o nível de civilidade alcançado”.

No mesmo sentido, Junya Barletta (2014, p. 316) assevera que:

Em síntese, a previsão legal de um leque diversificado de medidas cautelares pessoais não foi acompanhada por uma efetiva alteração do cotidiano forense, que ainda insiste no encarceramento massivo durante o processo, com explícito descaso para com as medidas cautelares diversas da prisão. A prática não acompanhou a transição democrática e continua desvirtuando o axioma jurídico da excepcionalidade da prisão provisória. A cultura punitiva e encarceradora, as práticas de violência policial, tortura e extermínio, e outras que afrontam a igualdade e a dignidade das pessoas mais vulneráveis, tratando-as como inimigos, ainda estão presentes no sistema penal brasileiro, encobertas sob o manto da democracia e da normalidade institucional.

Dessa maneira, para evidenciar o problema da superlotação, provocada também pelo encarceramento preventivo em massa, se faz necessário identificar os dados estáticos a respeito. O último levantamento nacional, de informações penitenciárias, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional abrange o período de janeiro a junho de 2020 (SISDEPEN, online, 2020). Segundo este, o Brasil possui o número de 702.069 (setecentos e dois mil e sessenta e nove) detentos, em que 334.773 (duzentos e vinte e dois mil) estavam sob o regime fechado e 209.257 (duzentos e nove mil e duzentos e cinquenta e sete mil) são presos provisórios. Nessa maneira, verifica-se que quase 30% dos detentos ainda aguardavam julgamento. E quando comparados aos presos de regime fechado, isto é, aqueles que já foram julgados definitivamente, os presos provisórios correspondem a 60%, demonstrando a grave postura do estado brasileiro acerca da problemática.

O aumento constante dos índices de encarceramento liga-se a uma perspectiva relacionada à “demanda punitiva” de que nos fala Vera Andrade: a ideia de que a resposta para o alarma social ante a “violência”, representada pela “criminalidade de rua”, se traduza sempre em mais punição – normalmente voltada aos indivíduos que preenchem os estereótipos em que se funda o imaginário sobre quem pratica essa “criminalidade de rua”. (SILVA, 2018, p. 46)

A descontrolada decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem publica é baseada em uma falsa noção da dialética em torno dos problemas sociais e dos fenômenos de segurança pública que acabam por transformar o processo penal em objeto de consumo rentável quando cria um cenário de justiça e harmonia no imaginário da população. Contudo, essa perspectiva quem paga é um grupo específico da sociedade.

Em síntese, a previsão legal de um leque diversificado de medidas cautelares pessoais não foi acompanhada por uma efetiva alteração do cotidiano forense, que ainda insiste no encarceramento massivo durante o processo, com explícito descaso para com as medidas cautelares diversas da prisão. A prática não acompanhou a transição democrática e continua desvirtuando o axioma jurídico da excepcionalidade da prisão provisória. A cultura punitiva e encarceradora, as práticas de violência policial, tortura e extermínio, e outras que afrontam a igualdade e a dignidade das pessoas mais vulneráveis, tratando-as como inimigos, ainda estão presentes no sistema penal brasileiro, encobertas sob o manto da democracia e da normalidade institucional. (BARLETTA, 2014, p. 316)

Dessa forma, passamos a analisar como o racismo institucional e a criminalização da pobreza possui intrínseca relação com a temática deste trabalho, análise a qual será examinada a seguir.

3.3 O RACISMO INSTITUCIONAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

O racismo influencia profundamente as estruturas, as atitudes e os comportamentos contemporâneos¹¹. Nessa perspectiva, é possível identificar, por meio da história do racismo, como que a prisão acaba por solidificar princípios racistas que operam nas instituições do Estado brasileiro. Não obstante, encontra-se a prisão preventiva acompanhada do “acessível” fundamento da ordem pública.

Após três séculos de escravidão e a formalização da abolição da escravidão, o Brasil viveu décadas de extrema discriminação da sua população negra e indígena que eram consideradas inferiores e menos evoluídas pelo racismo científico. A partir daí, o embranquecimento da população virou um projeto de Estado, da classe dominante brasileira. Tudo que era relacionado aos negros, foi criminalizado pelo código penal de 1890, como a capoeira.

Historicamente, o sistema penal foi utilizado para promover o controle social marginalizando grupos considerados “indesejados” por quem podia definir o que é crime e quem é o criminoso. No Brasil, foram várias as legislações que visavam criminalizar a população negra, como a Lei de Vadiagem, de 1941, que perseguia quem estivesse na rua sem uma ocupação clara justamente numa época de alta taxa de desemprego entre homens negros. (RIBEIRO, 2019, p. 96-97)

¹¹ A cultura reflete pontualmente esses componentes. Frantz Fanon (2019, p. 64) expõe que “estudar as relações entre o racismo e a cultura é levantar a questão da sua ação recíproca. Se a cultura é o conjunto dos comportamentos motores e mentais oriundos do encontro do homem [...] e com o seu semelhante, devemos dizer que o racismo é, com efeito, um elemento cultural”.

Junto com a nova ordem penal, o Estado Novo se articulou com os intelectuais para produzir os novos contornos da identidade nacional brasileira que tinha como propósito a tentativa de construir uma identidade nacional. O pensador de suma importância para construir o novo projeto de governo, almejado por Getúlio Vargas, foi Gilberto Freire, o qual inaugura a ideologia social do mito da democracia racial. Construir esse tipo de narrativa abafou a discussão sobre racismo no Brasil.

A imposição do mito da democracia racial no Brasil possui uma específica estratégia ideológica, segundo a qual se formaria uma unidade democrática, que por fim acabaria por apagar opressões que por verdade estruturam a formação social do Estado brasileiro.

Desde os primeiros tempos da vida nacional até os dias de hoje, o privilégio de decidir tem ficado unicamente nas mãos dos propagadores e beneficiários do mito da “democracia racial”. Uma “democracia” cuja artificiosidade se expõe para quem quiser ver; só um dos elementos que a constituíram detém todo o poder em todos os níveis político-econômico-sociais: o branco. Os brancos controlam os meios de disseminar as informações, o aparelho educacional; eles formulam os conceitos, as armas e os valores do país. Não está atente que neste exclusivismo se radica o domínio quase absoluto desfrutado por algo tão falso quanto essa espécie de “democracia racial”? (NASCIMENTO, 2016, p. 54 *apud* SILVA, 2018, p.68)

Essa vedação ao racismo é trágica, pois induz que não há racismo no Brasil, mesmo que este se encontrando nas estruturais estatais, sobretudo, no sistema penal, fazendo com que a legalidade processual exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis e sem debate para evidenciar tal cenário.

[...] pensamos na prisão como destino reservado a outros, um destino reservado aos “malfeitores”, para usar um termo popularizado por George W. Bush. Devido ao poder persistente do racismo, “criminosos” e “malfeitores” são, no imaginário coletivo, idealizados com pessoas de cor. A prisão, dessa forma, funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem essas comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais. Esse é o trabalho ideológico que a prisão realiza – ela nos livra da responsabilidade de nos envolver seriamente com os problemas de nossa sociedade especialmente com aqueles produzidos pelo racismo e, cada vez mais, pelo capitalismo global. (DAVIS, 2020, p. 16-17)

A seletividade por raça culmina na não observância do princípio da presunção de inocência. Esse aspecto histórico se inicia com a escravidão,

perpassa a criminalização do negro após a abolição, o desemprego e desamparo por parte do Estado a esse indivíduo e por fim estabiliza o negro como presença massiva no sistema carcerário.

"Em pouco tempo, o gueto negro, convertido em instrumento de pura exclusão para contratação simultânea da esfera do trabalho assalariado e da proteção social, e desestabilizado ainda mais pela crescente penetração do braço penal no estado e viu se ligado a cadeia a ao sistema carcerário por uma tripa relação de equivalência funcional, homologia estrutural e sincretismo cultural de modo que, hoje, eles constituem um *continuum* carcerário único, que encarcera uma população redundante de jovens negros (e, cada vez mais, jovens negras), que circulam em circuito fechado entre seus dois pólos, num ciclo auto-perpetuado de marginalidade social e legal, com consequências pessoais e sociais devastadoras." (WACQUANT, 2003, p. 347)

A racialização - "a tendência a 'imputar crime a cor'" (DAVIS, 2020) - do crime impacta diretamente a temática da prisão preventiva, em especial, quando decretada na ordem pública, fundamento que além de possuir todas suas raízes autoritárias, ainda se apresenta como um conceito vago de possível manobra para o racismo institucional. Assim, a concepção de ordem pública casa perfeitamente ao racismo institucional que influencia a detenção policial e, posteriormente, o encarceramento em massa.

Na tomada de decisão por parte dos agentes do sistema penal – decisão do policial em revistar ou não alguém, ou a decisão do magistrado na forma como irá valorar uma prova ou a colheita de um testemunho, por exemplo – incidem essas regras não jurídicas, mas que por serem regras sociais, acionam discursos hegemônicos, estabelecidos socialmente. Assim, esses atores são atravessados e interpelados por reproduções ideológicas, nas quais se inclui também o racismo. Desta maneira, o racismo se manifesta também institucionalmente. (SILVA, 2018, p. 113)

O fundamento da garantia da ordem pública, o qual é o mais invocado pelos juízes brasileiros para afirmar a existência de *periculum libertatis* e decretar a prisão preventiva, exprime, sobretudo, o racismo. Portanto, o racismo institucional se configura como elemento operacional na prisão preventiva, principalmente, no tocante ao encarceramento em massa.

Ademais, a desigualdade estrutural do sistema de justiça contribui para esta seletividade empregada. Pode-se dizer, portanto, que há uma criminalização da pobreza que se incorpora como sistema opressivo e colabora no uso banalizado da prisão preventiva.

A seletividade do sistema de justiça penal é evidente, sendo desnecessário entrar de modo detalhado na discussão das razões pelas quais parte substancial dos indivíduos que cometem crimes permanecem impunes. Mesmo que a impunidade perpassasse por todos os setores sociais, costumam ser escolhidos pelo sistema geralmente pessoas de baixo poder aquisitivo e que vivem em localidades onde a pobreza e o descaso do Estado são evidentes, o que significa, claramente, que é a criminalização da pobreza o que ocorre e que a prisão perdeu (se é que algum dia teve) a função de reeducação, passando a ter um papel de segregação, de defesa social. (VASCONCELLOS, 2008, p. 56)

Essa desigualdade social é insuportável, na medida em que ao mesmo tempo em que aumenta o índice de criminalidade pelo contraste social do consumo, algo provocante de uma violência intolerável, seleciona um grupo específico de atuação do poder punitivo cautelar.

Os direitos são garantidos a partir do local social que o indivíduo possui. Vivemos em um sistema que é desigual na sua estrutura. A sociedade não é composta por indivíduos e sim por grupos de indivíduos que lutam constantemente para manter ou estabilizar seus privilégios. Dessa forma que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública é articulada, tendo em vista que a história demonstra que oscilações econômicas possuem forte fator determinante na repressão prisional (FAUSTO, 1984).

Portanto, evidencia-se que, devido à lógica seletiva do sistema penal, o mesmo Estado que tem o racismo em suas estruturas, também possui uma lógica de repressão aos pobres. Em sede de cautelares é possível identificar tal fenômeno, onde os indivíduos pertencentes às camadas mais pobres da população são alvos desse sistema desigual e opressor. Como ressalva o *rapper* Djonga (2018) “Chegar aqui de onde eu vim; É desafiar a lei da gravidade; Pobre morre ou é preso, nessa idade”.¹²

Por conseguinte, o caos enfrentado pelo sistema prisional brasileiro, dentre dos fatores provocados pelo uso banalizado da prisão preventiva, exprime o racismo

¹² Este trabalho propôs essa citação a fim de demonstrar que o indivíduo periférico reconhece a opressão que lhe é empregada. O professor Acauam Oliveira (2018) ao analisar o álbum “Sobrevivendo no inferno” do Racionais Mc’s observa que além do ponto de vista carregado de senso de urgência daqueles que estão literalmente em meio a uma guerra, a narrativa desse álbum representa a realidade brasileira com um olhar complexo e com uma estética que equilibra o conteúdo da experiência com a estrutura narrativa de protesto, a qual permite ser levada ao campo da academia, da literatura e, conseqüentemente, do debate. Esta nuance é empregada no estilo hip hop como um todo, o qual se traduz em uma fonte rica de conteúdos para se debater a realidade periférica e as conseqüências dela provenientes.

institucional e a criminalização da pobreza, os quais são instituídos por meio de processos históricos que tem, por base, contextos autoritários.

Dessa forma, percebe-se a importância de debater a temática da prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, por meio desses sistemas que, presentes na atualidade, demarcam o Direito Penal do Inimigo no direito penal brasileiro aos grupos socialmente marginalizados. Assim, se permite desenvolver questionamentos a estes institutos que não devem mais ser toleráveis.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho percebeu-se que o fato de que quase 30% (trinta por cento) das pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais brasileiros estão segregadas cautelarmente, demonstra claramente a gravidade do quadro enfrentado pela prisão preventiva. Nos regimes democráticos, esta lógica é inconcebível, uma vez que os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos devem prevalecer sobre os demais interesses, devendo o *status* de liberdade ser a regra e não a exceção. Uma democracia marcada pela adoção de medidas apoiadas no falso discurso de que uma intervenção mais severa do Estado, que visa um controle mais eficaz da criminalidade, culmina, por excelência, no ilegítimo uso banalizado da prisão preventiva.

A prisão preventiva, por si só, possui enormes inconsistências com os princípios constitucionais. Diante disso, seria possível criticar toda a instituição dessa medida cautelar. Contudo, o presente trabalho, se limitou em construir a análise crítica da prisão preventiva quando decretada, especificamente, sob o fundamento da ordem pública, haja vista que esse potencial instituto autorizador, demonstra inúmeras contradições no sistema penal brasileiro.

A deliberalidade do uso da prisão é um aspecto presente em contextos autoritários que, pela nova ordem jurídica adotada pela Constituição Federal de 1998, não pode estar presente, portanto, nos dias atuais. Contudo, embora estejam presentes inúmeras reformas legislativas que tenderam a diminuir as tensões provocadas pela preventiva constrição de liberdade e abordaram, formalmente, alguns dispositivos que visam à prisão como medida excepcional, mantiveram a questionável disposição da prisão preventiva para assegurar a ordem pública.

O fundamento da ordem pública, originário do autoritário Estado Novo de Getúlio Vargas, se apresenta nas fundamentações das decisões de forma genérica, contendo apenas uma exposição legal, doutrinária e/ou jurisprudencial, no plano hipotético que alega tão somente a existência de *periculum libertatis* e do *fumus comicci delicti* não adequando à norma jurídica ao caso concreto, e, portanto, se constituindo como ilegal.

Dessa forma, percebe-se que o termo vago da ordem pública acaba por legitimar uma concreta antecipação da pena, por meio do instituto da prisão preventiva, a qual recai a grupos sociais específicos da sociedade. Por sua vez, na

medida em que esses indivíduos são identificados, percebe-se a presença do racismo institucional e da criminalização da pobreza, marcadores opressivos da contemporaneidade brasileira.

O fundamento da garantia da ordem pública dá seguimento a uma estrutura social marcada pelo autoritarismo que pode instrumentalizar uma justiça penal organizada para funcionar seletivamente, que ao selecionar determinados grupos estereotipados, se apresenta como arbitrária e reprodutora de desigualdades sociais. Na medida em que se obtêm uma leitura do ordenamento jurídico brasileiro, da nova ordem processual, constitucional e internacional, pautada nos direitos fundamentais, conclui-se que o fundamento da ordem pública apresenta incompatibilidade com o Estado democrático de direito.

Nesse sentido, a inconstitucionalidade deste instituto é evidente, tendo em vista que essa disposição presente na prisão preventiva e autorizada no atual ordenamento jurídico, torna a liberdade, que é a regra constitucional, como exceção. Constatase então, que a prisão preventiva se vincula a mecânica do recrudescimento penal, se aderindo ao processo seletivo de criminalização inerente ao sistema penal. Nesse viés, a prisão preventiva passa a ser um meio para se garantir uma defesa da ordem social vigente.

Diante de todo o exposto nessa investigação, conclui-se que é necessário o fim dessa instituição, de modo a promover uma aproximação dos princípios do Estado garantista, no tocante a forma de punir, do Estado brasileiro. Para isso, é essencial a valorização dos meios alternativos de punição e a extinção de mecanismos que possibilitam o uso massivo e seletivo da prisão preventiva e o encarceramento em massa preventivo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Layse Negromonte. **Alternativas Cautelares à Prisão Preventiva e o Poder Geral de Cautela do Juiz**. 2011. 62 f. Monografia (Graduação) - Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. 435 f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) - Rio de Janeiro, [S. l.], 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11a ed., 1998.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/l5349.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_pena_l.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Juliana Silva de; SILVA, Grazielly Soares da. A prisão preventiva como medida cautelar ante o encarceramento feminino: os alcances do aprisionamento na perspectiva do sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, Ano 10, nº1, jan./jun., 2018. Disponível em: chrome-

extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/10/7-ARTIGO-ED-3.pdf. Acesso em: 18 abr. 2021.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 6a ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DJONGA; JEFFINHO 12DUOITO. **JUNHO DE 94**. Produção: CoyoteBeats, DJ Cost, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GuYgMTAVVIO>. Acesso em: 1 maio. 2021.

FANON, Frantz. Racismo e Cultura. In: FAZZIO, Gabriel Landi; MANOEL, Jones. **Revolução Africana: uma antologia do pensamento marxista**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019. p. 63-77.

FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Christiano. Código Criminal e Código Criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Orgs.). **Escritos Transdisciplinares de Criminologia Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014. p.211-231.

GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública**. 2013. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

HORN, Manuela Bittar. **O duplo nível de legalidade e os crimes contra a economia popular no direito penal autoritário: Itália fascista versus Estado Novo brasileiro (1927-1945)**. 2013. 242 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

IMPÉRIO DO BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

IMPÉRIO DO BRASIL. **Decreto de 23 de Maio de 1821.**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm

Acesso em: 28 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. **Consultor jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordempublica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MACIEL, David. **A argamassa da ordem**: da ditadura militar à Nova República (1974-1985). São Paulo: Xamã, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: proposta à luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 2014. 370 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Processual, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Plataforma Agenda 2030**. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: mar de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Diego. **O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)**: do Direito Penal político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. 2010. 326 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010.

PAULO NETTO, José. **Introdução aos estudos do Método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 51/52, n. 51/52, p. 81 – 102, jan./dez., 1999. Disponível em: <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfdmadadm/http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **Uma breve história da prisão preventiva no Brasil**. Disponível em: <https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/18/uma-breve-historia-da-prisao-preventiva-no-brasil/#:~:text=Em%201942%2C%20sob%20inspira%C3%A7%C3%A3o%20do,312>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

SILVA, Rodrigo Henriques Candido da. **Prisão preventiva e superlotação carcerária**: Estudo de caso na comarca de Alhandra/PB. 2019. 56 f. Monografia de final de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2019.

SILVA, Isabella Miranda da. **Racismo institucional e colonialidade do poder punitivo nos discursos e nas práticas criminais**: Os casos dos mortos de pedrinhas (São Luís/ Maranhão). Orientador: Evandro Piza Duarte. 2018. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015.

SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. Ordem pública preventiva: uma investigação histórico-política. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 15, p. 65–88, 2016. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/204>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SOUZA, Joana Loureiro Pedro de. **Ordem é Progresso?** – Uma análise crítica acerca do conceito de ordem pública enquanto instituto autorizador das prisões preventivas no direito processual penal. 2017. 77 f. Monografia de final de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

A estudante KARLLIANE MUNIZ CÔBO do Curso de DIREITO, matrícula 2017.1.0001.2214-3, e-mail 20171000122143@pucgo.edu.br, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **ANÁLISE CRÍTICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

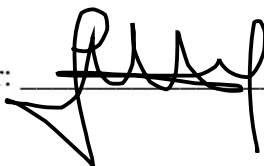
Goiânia, 10 de junho de 2021.

Assinatura da autora:



Nome completo da autora: KARLLIANE MUNIZ CÔBO

Assinatura do professor-orientador:



Nome completo do professor-orientador: GASPAR ALEXANDRE MACHADO DE SOUSA