A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência

The expression "public order" as the basis for pre-trial detention: a dangerous relativisation of the presumption of innocence

Tarsis Barreto Oliveira

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2011). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA (2007). Professor Associado de Direito Penal da UFT. Professor Adjunto de Direito Penal da UNITINS. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2822267824059777].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0931-8915].
tarsisbarreto@uft.edu.br

Vinicius Pinheiro Marques

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas (2016). Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins, UFT (2015). Professor do curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7300803447800440].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-1294-8603].
viniciusmarques@uft.edu.br

Alessandro Hofmann Teixeira Mendes

Mestre no Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT). Juiz de Direito titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Nacional/TO.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4768820860413551].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1465-828X].
alessandrohofmann1@yahoo.com.br

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

Recebido em: 15.02.2022
Aprovado em: 29.05.2023
Última versão dos autores: 19.06.2023

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO - PROIBIDA A REPRODUÇÃO

Área do Direito: Penal

Resumo: O propósito deste artigo é averiguar se a expressão "garantia da ordem pública", justificativa mais utilizada no dia a dia forense para a decretação da prisão preventiva, abre a possibilidade de uma perigosa relativização do princípio da presunção de inocência. Para tanto, faz-se imprescindível indagar se a constante adoção dessa hipótese autorizadora institui uma conveniente ferramenta de manutenção da desigualdade social ao efetivar a segregação imediata da população pobre, negra e periférica. Com isso, propõe-se verificar se tal justificativa, corriqueira nos aprisionamentos preventivos, inserida no autoritário Código de Processo Penal de 1941, é consequência de uma prática estruturalmente racista do sistema de justiça criminal. Pretende-se, por último, analisar se esse fundamento, com os seus vários sentidos, sem comprovação concreta da sua necessidade cautelar, representa um desvirtuamento, gerador de insegurança no sistema, da natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Prisão preventiva – Ordem pública – Presunção de inocência.

Abstract: This article aims to investigate whether the expression "guarantee of public order", the most commonly used justification in everyday forensic practice for ordering pretrial detention, opens up the possibility of a dangerous relativization of the presumption of innocence principle. Consequently, it is essential to inquire whether the constant adoption of this enabling hypothesis establishes a convenient tool for maintaining social inequality by immediately segregating the poor, black, and peripheral populations. The purpose is to verify whether this commonplace justification for pretrial detention, inserted in the authoritarian Brazilian 1941 Code of Criminal Procedure, is a consequence of a structurally racist practice within the criminal justice system. Lastly, the objective is to analyze whether this foundation, with its various meanings and without concrete evidence of its precautionary necessity, represents a distortion that generates insecurity within the system regarding the legal nature of pretrial detention before the final judgment of the criminal sentence.

Keywords: Pretrial detention – Public order – Presumption of innocence.

Sumário: 1. Introdução. 2. A natureza jurídica da prisão preventiva após a Constituição Federal de 1988. 3. A expressão "ordem pública" e o Código de Processo Penal de 1941. 4. A contribuição do fundamento "ordem pública" para a manutenção de práticas seletivas racistas no sistema prisional brasileiro. 5. A não recepção da expressão "garantia da ordem pública" pela Constituição Federal de 1988. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Legislação.

1. Introdução

O sistema cautelar penal brasileiro tem enfrentado dificuldades de diversas ordens. Uma delas diz respeito à utilização demasiada do discurso da manutenção da *ordem pública*, por meio de seus vários sentidos, para justificar decretos prisionais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA VEICULAÇÃO

O modelo autoritário de processo penal implantado pela codificação processual de 1941 se expressa, cotidianamente, por meio da decretação da prisão preventiva, com base na ordem pública ou termos equivalentes, amparada no casuísmo, a fim de facilitar uma resposta rápida ao eventual crime praticado. Uma das marcas registradas do Código de Processo Penal, inspirado na legislação processual fascista italiana de 1930, era a adoção de cláusulas indeterminadas a fim de justificar a aplicação de uma pena antecipada.

A manutenção desse fundamento, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, serve para que o sistema jurídico processual, na atualidade, continue sendo operado, na prática, por meio de instrumentos, calcados na subjetividade, repressivos. Trata-se de um fundamento que, utilizando-se da prisão preventiva, permite a rápida incapacitação. Assim, o objetivo declarado deste ensaio é analisar se a exaltação dessa justificativa legal, diante da impossibilidade da comprovação fática no caso concreto de sua necessidade cautelar, constitui conduta deliberada de desvirtuamento da real natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também é preciso averiguar se o uso cotidiano da expressão *ordem pública*, por meio de seus vários significados, compromete a finalidade constitucional da prisão cautelar, gerando, no ordenamento jurídico, um fundamento prisional que pode ser manobrado, pelos agentes públicos, em todos os sentidos.

Para tanto, por questões metodológicas, optou-se por dividir este artigo em quatro partes. A primeira tem como finalidade expor, diante do texto constitucional de 1988, a real natureza jurídica da prisão sem pena. Com isso, ter-se-á como enfoque o viés interno do direito fundamental à presunção de inocência que o concebe como uma regra de tratamento.

Na segunda parte, buscar-se-á uma reflexão a respeito do contexto histórico em que a hipótese autorizadora *garantia da ordem pública* foi inserida no Código de Processo Penal. O certo é que a expressão *ordem pública*, destinada a ser uma hipótese autorizadora da prisão facultativa na redação originária do diploma processual de 1941, na prática, após a retirada da prisão obrigatória do sistema, configura enquanto justificativa mais utilizada nos aprisionamentos preventivos brasileiros.

Feitas essas abordagens, poder-se-á ingressar na terceira parte a fim de buscar uma compreensão de viés criminológico crítico da justificativa prisional ordem pública, em conformidade com o seu verdadeiro lugar na operatividade do dia a dia forense, ou seja, um recurso recheado de critérios metajurídicos que expõe uma prática estruturalmente racista do sistema de justiça criminal.

A justificativa ordem pública, na práxis forense, por sua abstratividade conceitual, permite arranjos discursivos que escondem um agir autoritário, seletivo e discriminatório das agências estatais persecutórias. Dentro desse panorama, é importante analisar, na quarta parte, se a utilização da justificativa ordem pública permite uma perigosa relativização do princípio da presunção de inocência. Já a finalidade da quarta parte é demonstrar se a utilização do termo ordem pública, operada sem limite, geradora de punição antecipada, desnatura um princípio essencial do sistema constitucional de proteção da liberdade individual.

A metodologia utilizada no presente trabalho será de natureza bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória, para isso fazendo uso os autores de consulta a livros,

EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

artigos e *sites* sobre a matéria. Assim, por meio de análise jurídico-dogmática, promove-se exame crítico da práxis forense, reiteradamente observada no âmbito jurisdicional, como derivação de uma exegese equivocada do termo ordem pública presente na legislação processual penal.

2. A natureza jurídica da prisão preventiva após a Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Cidadã de 1988 significou uma mudança de paradigma na aplicação dos institutos de Direito Processual Penal. Do seu texto se exprime uma concepção de persecução criminal totalmente diferente daquela que presidiu a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 (GOMES, 1981).

A Carta Maior conferiu, expressamente, logo no seu início, uma série de direitos e garantias direcionados a toda a marcha persecutória penal. Segundo Lopes Jr., "a Constituição Republicana de 1988 se preocupou em transformar o processo penal em um instrumento limitador do poder punitivo estatal e garantidor de direitos e garantias ao sujeito a ele submetido" (2012, p. 78). A referida Constituição reconheceu a modificação do desenho político criminal contemporâneo, sendo que institutos disciplinados pelo Código de Processo Penal não mais podem ser vistos como exclusivos instrumentos (mecanismos repressivos) a serviço da rede de punição estatal formal (LOPES JR., 2012).

Atualmente, a filtragem constitucional do diploma processual penal é imprescindível. Só com a *oxigenação constitucional* (ROSA, 2013, p. 310) será possível a efetiva proteção dos direitos humanos, postos como fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

Encontram-se, no Texto Maior de 1988, explicitamente, verdadeiros princípios direcionados a limitar a atuação estatal durante a persecução penal. Esses axiomas garantistas servem como alicerces para a correta interpretação e aplicação dos dispositivos previstos na legislação processual infraconstitucional disciplinadores da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entre os princípios, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira, entre todas as outras Cartas Maiores brasileiras, a expressamente acolher a presunção de inocência no rol dos direitos e garantias fundamentais, contida assim no art. 5º, LVII. Para Casara (2017, p. 150), um princípio "constitucional que determina um não agir e retrata uma opção política pelo valor liberdade". Essa previsão em um texto constitucional causou profundas alterações sobre o entendimento da real natureza jurídica do *carcer ad custodiam*. As arbitrariedades ocorridas durante os períodos autoritários, na história recente brasileira, foram fundamentais para a inclusão desse princípio no Texto Maior de 1988.

A presunção de inocência, dentro de suas várias facetas, impõe, ao longo da persecução criminal, uma regra de tratamento (NICOLITT, 2023). Isso implica uma obrigatória mudança de comportamento dos atores jurídicos estatais durante a fase investigatória e, também, no curso do processo. Existe, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, um

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

DE EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

comando constitucional dirigido a todos os órgãos de controle social no sentido de que os seus atos devem ser pautados pela preservação do estado de inocência do suspeito, investigado ou acusado (NICOLITT, 2023).

Porém, essa opção não pode levar a um simples entendimento de que a Constituição Federal estabelece um modelo de processo penal que não permite a privação da liberdade da pessoa, presumidamente inocente, submetida à persecução penal. Aliás, esse é o entendimento de Luigi Ferrajoli: para o autor italiano, a prisão sem julgamento é incompatível com os axiomas garantistas processuais, principalmente o da presunção de inocência. Assim, segundo ele, é possível existir um processo sem intervenção na esfera de liberdade, já que o primordial princípio garantido ao processo penal assegura ao imputado "a presunção juris, como sói dizer-se, isto é, até prova em contrário" (SILVA, 2013).

Apesar das colocações de Ferrajoli servirem para reforçar a eficácia prática do princípio da presunção de inocência no processo penal, o próprio constituinte de 1988 reconheceu que não há como se falar em um sistema de justiça criminal eficiente sem abrir mão, em certos casos, da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A intervenção na esfera de liberdade do imputado, para situações inusitadas provocadas por uma indevida conduta deste, é necessária para assegurar o curso normal da persecução penal. Assim, em casos excepcionais e de absoluta necessidade, a Constituição Federal autoriza, temporariamente, restringir o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, é possível admitir uma compatibilidade constitucional entre a prisão antes do trânsito em julgado e a presunção de inocência. Nenhum ordenamento jurídico assegura o direito fundamental à presunção de inocência de maneira absoluta (SANGUINÉ, 2014). Mas, as ingerências estatais na esfera de liberdade pessoal devem ser imprescindíveis para alcançar um objetivo constitucional pretendido e, ainda, precisam ter uma finalidade protetora de direitos ou valores também constitucionalmente legítimos (SANGUINÉ, 2014).

É importante ressaltar o caráter excepcional da prisão sem julgamento definitivo, pois, devido à presunção de inocência, a regra, no sistema processual penal constitucional vigente, é a liberdade. Não resta dúvida que existem, ao longo da persecução penal, interesses antagônicos em jogo. Não se pode esquecer o interesse social de garantir a normalidade do processo penal a fim de se chegar a um julgamento justo. Porém, esse interesse só pode ser alcançado, em um Estado Democrático de Direito, com o estrito respeito aos direitos fundamentais do imputado. Na realidade, a ideia de um procedimento penal correto ou justo passa pela busca do equilíbrio entre esses dois interesses, a fim de assegurar a normalidade exigida para uma marcha persecutória eficiente.

Reconhece-se a possibilidade de o comportamento do imputado atrapalhar o desenvolvimento da persecução penal. Em certos casos, pode acontecer uma situação atípica, provocada pela conduta indevida do investigado ou processado, que coloque em perigo a efetividade da tutela jurisdicional. Diante dessa circunstância anormal, desencadeada por uma conduta injustificada do acusado, impõe-se a aplicação de medidas interventivas

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA VENDA

urgentes na esfera de sua liberdade para assegurar que o desenvolvimento do processo retorne a sua normalidade.

São medidas excepcionais que atingem a liberdade e a dignidade da pessoa do imputado; por isso, elas só podem propiciar o distanciamento provisório da presunção de inocência para atender, exclusivamente, a finalidades constitucionais de acautelar o processo.

A prisão antes do trânsito em julgado é, assim, uma medida cautelar de caráter excepcional, subsidiária e provisória (SANGUINÉ, 2014). A compreensão da real diferença entre a prisão cautelar e prisão-pena é de fundamental importância a fim de não se permitir que prisões antes do trânsito em julgado sejam, na prática, usadas com objetivos reconhecidamente extraprocessuais.

Para garantir que as prisões antes do trânsito em julgado não percam sua natureza cautelar, o princípio da presunção de inocência deve ser analisado conjuntamente a outros princípios também previstos constitucionalmente.

Para reforçar o caráter de excepcionalidade das prisões cautelares, elas devem estar previstas em um texto legal, ou seja, as prisões cautelares precisam estar autorizadas por uma disposição legal, mas não se trata de qualquer norma legal, pois ela só habilitará as ingerências cautelares se for interpretada à luz do princípio da presunção de inocência. Somente por meio da compatibilidade estrita da legislação infraconstitucional, com o mencionado princípio, é possível se obter a segurança jurídica necessária para a aplicação efetiva daquela.

A prisão sem pena é um desvio excepcional do direito fundamental à presunção de inocência que só é permitida em casos estritamente enumerados e taxativamente previstos em lei (SANGUINÉ, 2014). Desse modo, é primordial que a norma legal estabeleça requisitos claros definidores de sua cautelaridade (SANGUINÉ, 2014). Esses requisitos precisam estar dispostos de forma precisa na lei, a fim de evitar que a faculdade para prender resulte de inferências subjetivas.

Seguindo essa linha de raciocínio, é preciso adentrar na análise dos requisitos essenciais para a decretação da prisão preventiva, previstos na parte final do *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal. O aprisionamento preventivo é decretado ante ao *periculum libertatis* e *o fumus comissi delicti*, visando, segundo Nicolitt (2015), afastar os riscos à instrução do processo ou o risco para aplicação da pena definitiva.

O exame da questão envolvendo o cabimento da prisão pressupõe, primeiramente, a verificação concreta da existência do *fumus comissi delicti*, dizendo respeito à prova da existência de um crime e aos indícios suficientes de autoria. Zanoide de Moraes fala em "alto grau de probabilidade da materialidade" (2010, p. 374). Cuida-se de um juízo de probabilidade sobre a responsabilidade penal, no qual é primordial a presença de "fatos objetivos que levem a considerar a pessoa suspeita do cometimento de um crime" (SANGUINÉ, 2014, p. 106).

O *periculum libertatis* é, também, imprescindível para avaliar a necessidade concreta da decretação da prisão preventiva. Ele é conhecido por meio da existência de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO REVISTA DOS TRIBUNAIS

da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal. Esses fundamentos legais também são denominados pela doutrina como a razão de existência ou justificação da necessidade da custódia preventiva (GIACOMOLLI, 2013). Constituem verdadeiros perigos processuais devido a uma conduta anormal do suspeito, investigado ou processado que se encontra em liberdade.

Por último, no sentido de amoldar o Código de Processo Penal, a Lei Maior e os Tratados internacionais de Direitos Humanos, nota-se que o legislador ordinário, por meio da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), alterou a redação do artigo 312 do mencionado diploma, acrescentando, também como requisito para a decretação da prisão preventiva, a demonstração de "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".

3. A expressão "ordem pública" e o Código de Processo Penal de 1941

O aumento das prisões preventivas com base na garantia da ordem pública pode ter como justificativa a manutenção de ideias conservadoras responsáveis pela criação do Código de Processo Penal de 1941, visto que esse diploma processual foi erigido tendo como inspiração os ensinamentos difundidos por duas escolas na Itália nos primórdios da década de 30 do século passado.

A Escola Positivista tinha como objeto de análise o fenômeno do delito por meio dos elementos coletados das ciências biológicas e sociais. No campo criminológico, o representante mais conhecido dessa Escola foi Lombroso. Ele era adepto da concepção biológica do determinismo. Por meio de sua tese relacionada ao criminoso atávico, afirmou que certas características biológicas do indivíduo representavam um indicativo para a prática de crime. Para os positivistas, dentro de uma ótica político-criminal, a presunção de inocência dificultava sensivelmente o combate à criminalidade (MENDONÇA, 2016).

Já a Escola Técnico-Jurídica compreendia a presunção de inocência como "uma absurda extravagância decorrente da revolução francesa, em razão de exageros individualistas" (MENDONÇA, 2016, p. 70). A mencionada Escola atacava diretamente a presunção de inocência, argumentando supostas deficiências técnicas desse princípio, mas seus ensinamentos escondiam, na verdade, uma visão autoritária em que os interesses do Estado deveriam prevalecer sobre o interesse do indivíduo (MENDONÇA, 2016).

Vicente Manzini e Arturo Rocco foram os principais idealizadores da Escola Técnico-Jurídica. Mencionados juristas entendiam que era necessário, para se ter uma persecução penal eficiente, repudiar a presunção de inocência. Na visão desses doutrinadores italianos, o objetivo do processo penal era a verificação do fundamento da pretensão punitiva no caso concreto; com isso, segundo a ordem natural das coisas, o que deveria ser presumida é a procedência da imputação, e não o oposto.

No que se refere à prisão antes do trânsito em julgado, os adeptos da Escola Técnico-Jurídica não escondiam sua fixação pela antecipação de pena. A *prisão provisória*, como era denominada por eles a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA A REPRODUÇÃO

era o instituto mais significativo na desigual relação autoridade-liberdade, renegando totalmente a presunção de inocência. Nesse sentido, a prisão sem julgamento definitivo, para a Escola que inspirou a legislação processual fascista de 1930, deveria ser utilizada, quase na totalidade dos casos, com finalidades repressivas, ou seja, desempenhando funções típicas da pena (retribuição, prevenção geral e especial), "em uma sobreposição da perspectiva substancialista sobre a tipicamente processualista" (MENDONÇA, 2016, p. 71).

No Brasil, em pleno Estado Novo, produziu-se um Código de Processo Penal que, editado sem passar pelo Congresso Nacional, pudesse dar vazão ao arbítrio autoritário reinante naquele período. Com isso, foi introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, um diploma processual com forte influência principalmente da Escola do Tecnicismo Jurídico.

A nova codificação processual brasileira, com uma estrutura inquisitória, levou a sério a necessidade de se presumir a culpa do réu; aliás, este era considerado um inimigo a ser perseguido pelas forças de segurança e devidamente punido (SANGUINÉ, 2014).

Observa-se, naquele período histórico, que na redação original do referido diploma processual foi prestigiada a ideia da prisão sem julgamento definitivo como medida de antecipação de pena. Com isso, a codificação processual daquela época, mesmo usando a denominação *cautelar* ou *processual*, estabelecia o encarceramento do imputado como regra, e a liberdade, denominada de *provisória*, como uma exceção das exceções.

Nesse cenário, o Código de Processo Penal de 1941 introduziu no sistema processual penal, como um dos fundamentos da prisão preventiva, a expressão *garantia da ordem pública*, prevista na redação original do artigo 313.

A expressão *ordem pública* resistiu ao longo do tempo a uma Constituição Cidadã e a várias reformas pontuais do Código de Processo Penal. Ela se tornou poderosa ferramenta para o juiz criminal, usando seu poder criativo, prender antecipadamente o investigado ou o acusado ao longo da persecução penal. No entanto, a prisão preventiva, com base na ordem pública, não era o principal instrumento do sistema prisional daquela época. Prado (2016, p. 123) assevera que, como mecanismo de regime autoritário, a prisão preventiva recebeu uma nova roupagem de obrigatoriedade nos casos imputados graves e, ainda, recebeu um fundamento legal tendo como finalidade servir como *válvula de escape* para a manutenção da ordem ou segurança pública.

O mecanismo coercitivo por excelência previsto na redação original do Código de Processo Penal de 1941 era a prisão preventiva *obrigatória*. No período da ditadura Vargas, o legislador, ao editar o diploma processual brasileiro, a fim de poder seguir fielmente o Código de Processo Penal italiano de 1930, estabeleceu, no ordenamento jurídico, a obrigatoriedade da prisão da pessoa sobre a qual era imputada a prática de um crime grave. Segundo o artigo 312 da redação original do referido diploma, a prisão preventiva era obrigatória nos crimes cuja pena cominada fosse de reclusão por tempo igual ou superior a dez anos. Era preciso apenas a demonstração da existência do fato imputado e indícios de autoria para que o magistrado não tivesse autorização legal para examinar a necessidade da prisão, passando ela, no sistema jurídico, a ser automática para a preservação da segurança pública.

EXCLUSIVO – PROIBIDA A VEICULAÇÃO

A redação original do Código de Processo Penal também estabeleceu, conforme já adiantado, a prisão preventiva facultativa. O encarceramento preventivo facultativo, devido à prisão obrigatória, tinha seu campo de incidência prático reduzido. Ela só era utilizada, em regra, em crimes inafiançáveis e, excepcionalmente, nos delitos afiançáveis, se o imputado fosse considerado *vadio*, quando houvesse dúvida sobre sua identidade e não pudesse fornecer ou indicasse dados suficientes para esclarecê-la (MENDONÇA, 2016). Os casos de decretação da prisão preventiva facultativa, devido à previsão da modalidade obrigatória, só abrangiam crimes menos graves praticados por pessoas consideradas de alta periculosidade.

O que se nota é que o Estado da época precisava de uma ferramenta que pudesse abranger situações, principalmente relacionadas às características pessoais do imputado, não atingidas pela prisão obrigatória. Assim, existia um vínculo entre prisão preventiva e antecipação de pena, sendo que o legislador, nos casos que não se enquadravam na custódia obrigatória, autorizava o juiz a prender, com base na ordem pública, os grupos sociais etiquetados como perigosos pelas agências de controle formal daquela época. Com isso, desde a redação original, o Código de Processo Penal sempre prestigiou adoção das prisões provisórias, como medidas de segregação de setores pobres e marginalizados socialmente. Posteriormente, o legislador a aboliu prisão preventiva obrigatória prevista no Código de Processo Penal do ordenamento jurídico. Com a retirada do ordenamento jurídico dessa subespécie de prisão preventiva, abriu-se espaço para a ordem pública como motivo autorizador da prisão preventiva, sendo que esta, convenientemente, por sua abstratividade do conceito, passou a ser a mais utilizada pelo sistema de justiça criminal.

O juiz, com saltos argumentativos, poderia estabelecer quais as situações que deveriam ensejar a prisão a fim de assegurar a manutenção da ordem pública. Logo, os juízes, ainda inspirados pelas Escolas Positivista e do Tecnicismo Jurídico e beneficiados por uma legislação infraconstitucional que nunca perdeu seu caráter repressivo, substituíram a prisão preventiva obrigatória pela custódia justificada na garantia da ordem pública, sendo que os dados oficiais demonstraram que esse fundamento passou a ter uma funcionalidade direcionada à gestão e ao controle autoritário dos grupos indesejáveis.

O certo é que a trajetória do instituto destinado a ser facultativo pela lei, na prática, após a retirada da prisão obrigatória do sistema, passou a ter uma funcionalidade associada a práticas punitivas extremamente autoritárias marcadas nitidamente pelo racismo. Isso graças à justificativa garantia da ordem pública: um recurso retórico utilizado como forma de encobrir o uso de fatores extraprocessuais, reveladoras de uma racionalidade excludente, na decretação da prisão preventiva.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROFISSIONAL

4. A contribuição do fundamento "ordem pública" para a manutenção de práticas seletivas racistas no sistema prisional brasileiro

A expressão *garantia da ordem pública* não foi delimitada pelo legislador. Trata-se de uma técnica legislativa em que predomina "uma linguagem polissêmica e propositadamente vaga ou genérica" (FERRAJOLI, 2002, p. 504). O mencionado termo possui um evidente juízo de valor em razão de sua vagueza e ambiguidade (LIMA, 2003), por isso as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal invocam, em nome da manutenção da ordem pública, frases de efeito, sem significado preciso, que camuflam a falta de comprovação concreta da necessidade cautelar da custódia preventiva.

Também não existe uma delimitação jurisprudencial, expondo o tema à vontade do arbítrio e não à discricionariedade (CHOUKR, 1993). Essa prática rotineira de encarceramento está servindo, na prática, para a "implacável persecução dos indesejáveis" (DEVOS; KHALED JR., 2015, p. 95). São prisões, decretadas por meio da criatividade conceitual, que "proporcionam um alargamento dos espaços de opressão estatal" (BIZZOTTO, 2019, p. 20). Fato é que, conforme dados recentes fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Também, de acordo com essa pesquisa, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, indicador de baixa renda.

Mencionados dados informam um agir seletivo, racial e excludente das agências públicas responsáveis pela persecução penal. Também indicam que as pessoas pobres e negras são vítimas preferenciais da seletividade criminalizante dos atores do campo jurídico. Sendo assim, é importante analisar, a partir da criminologia crítica, a contribuição do fundamento *ordem pública* para a manutenção de práticas seletivas racistas. A lógica persecutória discriminatória, baseada na Escola Positivista italiana do século XIX, ainda serve de inspiração para que as agências estatais persecutórias utilizem expressões indeterminadas a fim de escamotearem práticas seletivas.

O processo penal brasileiro está associado a um ideário autoritário, excludente e punitivista, pois, além de ser um dado histórico-cultural, manifesta "relações estruturais de poder, segurança e dominação" (CASARA, 2015, p. 219). Por isso, o processo utiliza instrumentos que permitem a punição antecipada de pobres e negros, ou seja, das pessoas marginalizadas socialmente. Isso demonstra que a repressão também se sustenta no racismo que estrutura historicamente o Estado e as suas instituições (ALMEIDA, 2018). Essa situação fica mais crítica diante da constatação de que, na prática, se evoca a hipótese autorizadora *ordem pública* reincidentemente para segregação rápida da população negra. É uma lógica perversa de exclusão daqueles que não serão incorporados ao mercado de trabalho. Assim, a prisão, principalmente a sumária e imediata, é um instrumento eficaz para o controle social daqueles que o neocapitalismo não tem como dar conta. Batista (2011, p. 28) afirma que, "para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogadas a própria sorte, o neoliberalismo precisa de políticas cada vez mais duras de controle social", de mais prisões

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

DO EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

sumárias e de menos direitos. É uma maleabilidade conceitual (GOMES FILHO, 1991) que oculta um quadro de racismo estrutural caracterizado pela seletividade repressiva.

O fundamento ordem pública continua sendo, na prática forense, parte de uma engrenagem complexa de intolerância que precisa de fórmulas legais para justificar (acobertar) práticas naturalizadas e normalizadas de inferiorização e incapacitação da população negra. No dia a dia forense, o fator racial se tornou uma espécie de metarregra velada para o preenchimento da hipótese autorizadora *ordem pública*. É um agir constante, camuflado pela expressão *ordem pública*, que fixa o sujeito negro no lugar de suspeição e perigo. Assim, o racismo, por meio de arranjos discursivos, encontra-se arraigado de forma muito intensa no sistema de justiça criminal brasileiro. Isso se observa no uso da terminologia *ordem pública*, pois se constitui um uma forma imediata de se definir (tratar) o negro como criminoso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Aliás, a decretação da prisão preventiva, por meio de juízos fundados em suposições, representa uma prática desvinculada do plano concreto e incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O império da impunidade não deve interessar a ninguém, mas também não se pode admitir que o discurso da garantia da ordem pública se transforme em principal força motriz de controle, por meio da prisão imediata, da população negra, sob pena de reduzir o direito fundamental da presunção de inocência "à categoria de mito" (SANGUINÉ, 2014, p. 186). Trata-se de uma específica medida *prima ratio* processual dirigida à manutenção dos negros como alvos da seletividade penal. As instituições do Sistema de Justiça Criminal utilizam o discurso da manutenção da ordem pública para, por meio da prisão sem pena, etiquetar de imediato os negros como inimigos da sociedade. Com isso, é possível afirmar que existe um racismo arraigado, também, no sistema de justiça criminal, exercendo um poder paralelo supraconstitucional, que utiliza saltos argumentativos para permitir que o processo penal constitua uma ferramenta geradora de desigualdades. O racismo "fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea" (ALMEIDA, 2019, p. 15-16).

No entanto, existe um discurso oficial da academia que defende a justificativa ordem pública a fim de proteger a sociedade diante do aumento exponencial da criminalidade. Seguindo essa linha, justifica-se o aprisionamento preventivo a fim de assegurar a paz social abalada pela constante prática de crimes. Nesse sentido, observa-se a importância de ferramentas legais de intervenções rápidas na liberdade pessoal para se garantir um sistema eficiente de Justiça Penal.

Na praxe forense nota-se que, para assegurar uma eficiência, muitas vezes se utiliza como forma de preenchimento da expressão ordem pública, o argumento da necessidade da prisão preventiva devido à periculosidade do agente. Esse termo também se constitui em um recurso utilizado para granjear a exclusão social. Os números da prisão no Brasil atestam que a raça do imputado pode constituir um verdadeiro atestado de periculosidade. Assevera Regis Prado que "a periculosidade é um conceito muito usado como motivo prisional" (PRADO, 2017, p. 139). No mesmo sentido, Freitas (2013) aduz que a

EXCLUSIVO PROFISSIONAL VEDADA A REPRODUÇÃO

periculosidade do agente tem sido apontada como um "fator preponderante para a custódia cautelar" (FREITAS, 2013, p. 109). A suposta "periculosidade" do negro decorre dos processos históricos, sociais e políticos no Brasil, sendo que a internalização e a reprodução do racismo ocorre de forma naturalizada pelas autoridades públicas persecutórias.

Tal suposição, em grande parte, decorre dos argumentos expostos na representação pela polícia. Os doutrinadores revelam que os aprisionamentos preventivos com base na periculosidade seguem as argumentações contidas nas manifestações dos policiais. Segundo Prado e Santos, nesse tipo de prisão, o magistrado apenas "formaliza a decisão tomada pelos agentes de segurança pública" (PRADO; SANTOS, 2018, p. 145). As linguagens das decisões judiciais refletem o grande valor conferido à opinião policial e às informações relatadas sobre a periculosidade do agente. Logo, a periculosidade do agente, na maioria das vezes, alegada pela polícia, ainda é capaz de gerar o aprisionamento preventivo. Essa prática cotidiana de preenchimento da ordem pública, segundo Prado e Santos (2018, p. 147), "transforma as prisões preventivas em instrumentos automáticos".

Diante desse contexto, Zaffaroni afirma que o poder punitivo real é exercido pela polícia. Ela exerce, estruturalmente, um rígido controle das pessoas indesejadas pelo sistema. Na verdade, trata-se de um "controle de exclusão social" (ZAFFARONI, 2013). O preso pobre e negro com base na periculosidade é um excluído de nossas cidades, ou seja, segundo Zaffaroni (2013), é um não-humano, um elemento descartável, que se aglomera nas periferias urbanas e que, por meio do encarceramento, é controlado pela polícia; sendo que os juízes, coniventes com o sistema, não podem fazer mais do que ratificar, nos processos de criminalização secundária, as ações policiais seletivas e racistas (ZAFFARONI, 2013).

Os dados oficiais indicam a imputação pelo crime de tráfico de drogas, depois da imputação pelos crimes contra o patrimônio, como a que mais promove o encarceramento nacional (CARVALHO, 2015). Observa-se, na praxe forense, que a polícia, por ser a primeira a atuar no caso, exerce o "poder penal imediato" (BIZZOTTO, 2020, p. 110) de etiquetar os negros automaticamente como pequenos varejistas das periferias das grandes cidades (CARVALHO, 2015). Essa frequente rotulação é reflexo de uma guerra contra as drogas que, semelhante ao que acontece no Brasil, se trata de um controle pela "política do medo, da divisão, do bode expiatório e do controle [social]" (ALEXANDER, 2017, p. 21), em que, embora a raça não seja o elemento fático que preenche a justificativa que utiliza a ordem pública no aprisionamento de um suspeito da prática de tráfico de drogas, nota-se como, na maioria das vezes, a "cor" do "suspeito" é encoberta ou mascarada por outros *standards* decisionais (atitude suspeita, presença em área do crime, antecedentes criminais) (CARVALHO, 2015).

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA A REPRODUÇÃO

5. A não recepção da expressão "garantia da ordem pública" pela Constituição Federal de 1988

As prisões preventivas, lastreadas na ordem pública, têm uma natureza jurídica anormal. Esses aprisionamentos preventivos não podem ser intitulados de medidas cautelares, pois, na verdade, constituem medidas, emitidas pelo Poder Judiciário, garantidoras da antecipação da pena. Logo, têm-se prisões, fundamentadas em uma expressão vaga, geradoras de insegurança jurídica e seletividade racial, não embasadas em dados concretos reveladores da necessidade de proteção do processo.

Com efeito, as prisões preventivas, fundamentadas por meio de sentido vago, possuem uma natureza diversa da preconizada pelo princípio da presunção de inocência. Isso significa dizer que os objetivos pretendidos por essas prisões, alicerçadas na ordem pública, não estão de acordo com a opção de presumir a inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, por isso, a importância de se ter uma postura crítica sobre essa hipótese autorizadora de intervenção estatal na liberdade individual do imputado, pois, apesar de autorizadas pela legislação infraconstitucional, por trás dessa permissão se esconde a intenção de conferir ao aprisionamento preventivo a finalidade de burlar o direito fundamental da presunção de inocência e antecipar a pena do imputado.

Não se permite mais, no Direito Processual Penal de cariz democrático, a prisão preventiva com função de prevenção geral ou especial, sendo que, ao aceitar esse tipo finalidade, equipara-se o tratamento processual do imputado ao de culpado. O aprisionamento preventivo não tem como objetivo punir, mas deve ser considerado uma forma excepcional de proteção da persecução penal, já que restringe o direito fundamental a presunção de inocência.

É preciso ter a real compreensão da diferença entre a prisão preventiva e a prisão-pena a fim de se afastar do ordenamento jurídico, por total incompatibilidade com o sistema constitucional, justificativa, com conceito indeterminado, que impõe à custódia sem sentença uma finalidade de antecipação provisória da pena privativa de liberdade. A prisão preventiva não pode estar vinculada ao resultado da causa ou com a culpa. Por isso, em nenhuma hipótese, é possível que o aprisionamento preventivo seja, na prática judiciária, usado para a realização de funções típicas da pena.

A pena privativa de liberdade é imposta para a proteção de bens jurídicos tutelados pela norma penal incriminadora. Ela só pode ocorrer depois de um devido processo legal que constatar, por meio das provas empíricas, a responsabilidade do imputado. Logo, inexiste a possibilidade, diante da presunção de inocência, de antecipar as funções da pena com a prisão preventiva. Sendo assim, o artigo 312 do Código de Processo Penal deve ser objeto de uma releitura mais acorde com o princípio da presunção de inocência, sem que este seja interpretado de forma restritiva para se encaixar em uma expressão genérica de cunho seletivo e punitivo contida no diploma processual legal desde sua redação original.

Com efeito, o fundamento legal ordem pública, presente no Código de Processo Penal desde sua redação original, não deve ser recepcionado pela Constituição Federal, pois se

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA A VENDA

constitui em uma verdadeira presunção, conferida pelo juiz, de culpabilidade ou de periculosidade sem demonstrar, empiricamente, base sólida indicadora da necessidade de proteção do processo. Nesse sentido, Choukr (1993) aduz a impossibilidade da fórmula genérica da "garantia da ordem pública" se coadunar com o texto constitucional. É importante ainda asseverar que só as fundamentações baseadas nas expressões legais "necessidade da investigação ou da instrução criminal" e "garantia da aplicação da lei penal" exercem funções cautelares (constitucionais) a fim de evitar um risco ao regular desenvolvimento do processo ou na produção de seu resultado útil.

O legislador ordinário, ao confeccionar a Lei 12.403/2011, perdeu a oportunidade de abolir o fundamento ordem pública ou, pelo menos, "demonstrar o seu limite de significação" (LIMA, 2015, p. 124). No entanto, as recentes modificações legislativas tiveram a intenção de modificar, pontualmente, o Código de Processo Penal a fim de deixá-lo em harmonia com a Constituição Federal de 1988. Além do mais, as alterações no referido diploma legal demonstraram a preocupação com o uso reiterado da prisão preventiva, constituindo uma nova proposta de política criminal no sentido de evitar que o aprisionamento preventivo continue a ser rotina na práxis judicial, provocando uma inversão no tratamento exigido constitucionalmente ao imputado.

Pela recente reforma no sistema cautelar do Código de Processo Penal, o encarceramento preventivo deve ser a última alternativa para resguardar a efetividade da persecução penal. Visando consolidar o caráter instrumental e subsidiário do aprisionamento preventivo, as Leis 12.403/2011 e 13.964/2019 introduziram uma série de exigências para a sua fundamentação. Nesse contexto, nota-se, inicialmente, que o § 2º do art. 313 do CPP, com a nova redação fornecida pela Lei 13.964/2019, não permite a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de pena ou como decorrência imediata da instauração de uma investigação ou do oferecimento ou recebimento da peça inicial acusatória.

Tal alteração legislativa só vem a confirmar o contido na Constituição da República no sentido de que a prisão preventiva só se harmoniza com o princípio da presunção de inocência se for concebida como uma medida pessoal de natureza cautelar. Já § 2º do art. 312 do CPP, acrescentado pela Lei 13.964/2019, determina que, ao se fundamentar a decisão concessiva da prisão preventiva, é preciso que seja explicitado o "receio de perigo e a existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada". Assim, com a referida Lei, não basta apenas mencionar o contexto pelo qual resultou a prisão: exige-se uma sólida base fática da existência de um risco atual e relevante para o processo, partindo da conduta do imputado.

A finalidade cautelar da prisão preventiva, devido à mudança no disciplinamento provocada pela Lei Anticrime, deve estar suficientemente motivada por meio de dados contemporâneos extraídos do caso concreto, já que, com o passar do tempo, fica fragilizada a necessidade dessa intervenção na esfera de liberdade do imputado.

Outra significativa alteração proporcionada pela Lei 13.964/2019, a nova redação do art. 315 do CPP, diz respeito à especificação de situações em que não se considera preenchido o dever de fundamentação da decretação da prisão preventiva e demais atos jurisdicionais

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA A VEICULAÇÃO

decisórios. A nova redação do art. 315 do Código de Processo prescreve o seguinte: as alterações no Código de Processo Penal, conferidas pela Lei 13.964/2019, ressaltam a necessidade de se construir uma fundamentação judicial a partir de uma base empírica sólida e contemporânea – comprovadora dos fins cautelares da prisão preventiva.

Com a nova Lei, não se admitem, ao longo da persecução penal, decisões justificadas com mera referência ao fundamento legal ou expressões imprecisas. A Lei 13.964/2019, ao criar o § 6º do artigo 282 do CPP, estabeleceu que o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deve ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto. Como adverte Cruz (2017), a prisão preventiva somente deve ser decretada, em casos excepcionais, quando outros mecanismos idôneos para os interesses do regular desenvolvimento da persecução penal tenham falhado.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de que

> "a demonstração concreta e objetiva de que é insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar" (STF, HC 137234, rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T., j. 13.12.2016, *DJe* 13.02.2017).

Logo, o magistrado deve apontar, claramente, na decisão, por qual motivo as medidas alternativas do art. 319 do CPP são insuficientes no caso concreto.

Convém salientar que, apesar das inovações implantadas pela Lei 13.964/2019 exigindo uma especial fundamentação das decisões que decretam a prisão preventiva, observa-se a insistência do legislador em criar subsistemas que destoam totalmente do texto constitucional. O § 2º inserido no artigo 310 do CPP propicia a manutenção da prisão em flagrante, durante a persecução penal, sem a necessidade de fundamentação com bases cautelares. O legislador manteve, com o referido § 2º do artigo 310 do CPP, a mesma estrutura da redação originária do Código de Processo Penal que prestigiava medidas de antecipação de pena. Esse dispositivo se encarregou de criar lógicas distintas ao sistema prisional cautelar possibilitando que, na prática, se continue o esvaziamento do princípio da presunção de inocência.

É importante asseverar que o Supremo Tribunal Federal decidiu, anteriormente, pela total inconstitucionalidade e flagrante desrespeito ao sistema constitucional cautelar, principalmente os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação, todas as medidas legislativas que estabeleciam esta modalidade de prisão obrigatória, como o art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos e o art. 44 da Lei Antidrogas.

Diante do uso excessivo da prisão preventiva embasada na expressão garantia da ordem pública, é importante mencionar o "Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas", elaborado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos. Esse documento reconhece que o uso excessivo dessa espécie de aprisionamento é um "problema complexo produzido por causas de distintas naturezas, principalmente questões de desenho legal,

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO - PROIBIDA REVENDA

deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça e tendências enraizadas na cultura e prática judicial" (OEA, 2013, p. 6).

O mesmo relatório ainda estabelece que o aumento do uso da prisão preventiva, especialmente nos países da América do Sul, não é a via adequada para o cumprimento dos objetivos da segurança cidadã. Nesse sentido, a Comissão Interamericana não encontrou "nenhuma informação empírica que demonstre que um aumento no uso da prisão preventiva contribua para diminuir os níveis de delinquência ou de violência" (OEA, 2013, p. 6).

Para a comissão interamericana, estar em liberdade enquanto durar o processo penal é um direito do imputado, e somente pode ser limitado de maneira excepcional e nos casos de absoluta necessidade.

6. Considerações finais

O instituto da prisão preventiva só pode ser utilizado quando ficar demonstrado, concretamente, o risco de que, com a demora no julgamento, possa o indiciado ou acusado estando solto, impedir a correta solução da causa ou a aplicação da sanção punitiva. Com isso, para evitar que ocorram prisões imediatas arbitrárias e seletivas, o aprisionamento preventivo deve ser qualificado pela excepcionalidade, por isso não basta, na decisão que a decreta, uma justificação somente na garantia da ordem pública.

Diante do princípio da presunção de inocência, o indiciado ou acusado deve permanecer em liberdade, sendo que somente nos casos de extrema necessidade, comprovados empiricamente, este pode ser preso preventivamente durante a persecução penal. Além do mais, só no caso da impossibilidade real de outras medidas e, também, a existência de elementos contemporâneos, concretos e justificadores de sua necessidade, a custódia sem pena deve ser adotada. No entanto, é preciso ressaltar que as medidas encarceradoras, criadas pelo Código de Processo Penal de 1941, estavam direcionadas para a máxima eficiência punitiva e, ainda, para o controle de pessoas indesejadas.

Atualmente, existe uma clara instrumentalização do processo para efetivar a segregação da população pobre, negra e periférica. A garantia da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, inserida no CPP de 1941, foi desenvolvida para permitir que os atores jurídicos estatais dispusessem de uma medida que pudesse segregar os setores marginalizados da sociedade, porém, a Carta Maior, definitivamente, reconheceu a modificação da natureza jurídica das prisões antes do trânsito em julgado, sendo que elas não podem mais ser usadas como instrumento sumário e seletivo de punição antecipada.

Nesse diapasão, é importante aduzir que existe, ainda, o entendimento de que os preceitos constitucionais devem ficar em plano inferior ao Código de Processo Penal. Isso se reflete na utilização da prisão preventiva com base na ordem pública, já que é comum a escolha por essa medida, como reforço repressivo e seletivo do Estado, sem estar calcada em fatos concretos que demonstrem sua necessidade cautelar, por isso não é mais admitida, no

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO - PROIBIDA A REPRODUÇÃO

Estado Democrático de Direito, a invocação automática da ordem pública a fim de justificar o aprisionamento imediato, seletivo e racista.

Faz-se necessário que todos os envolvidos na marcha persecutória tenham consciência da importância de se preservar o *status libertatis*, e, só em casos excepcionais e extremos, terão a possibilidade de destruir esse estado. Dessa forma, o princípio da presunção de inocência atua, durante toda a persecução penal, como uma barreira de contenção, sendo que, diante dessa regra de tratamento, só se admite a prisão *ante iudicium* a fim de reduzir riscos para o processo. É importante destacar, ainda, que o direito fundamental à presunção de inocência deve influenciar a regulação da prisão preventiva e também deve estabelecer precisos limites a esse instituto.

A prisão preventiva é uma medida drástica, devendo ser utilizada em situações processuais anormais, perigo de fuga e perigo de obstrução da colheita de provas, comprovadas empiricamente. Isso quer dizer que ela deve estar fundada na ameaça concreta à coleta de elementos probatórios ou na garantia da aplicação da lei penal. É preciso ocorrer uma adequação da prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal, aos valores máximos preconizados na Constituição Federal de 1998.

A persecução penal não pode dispor de mecanismos que estabelecem um juízo de culpabilidade não consagrado em uma sentença condenatória transitada em julgado. Nesse sentido, o preceito constitucional da presunção de inocência não permite que o imputado seja preso, antes da sentença definitiva, com base apenas em inferências subjetivas de caráter punitivo, seletivo e racista O número excessivo de prisões preventivas, com base na ordem pública, conferindo poderes excepcionais às agências estatais, proporcionando uma objetificação do imputado e tratando-o como culpado, é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, o sistema de justiça criminal não poderia se apoiar na garantia da ordem pública para encarcerar sem sentença definitiva, pois essa expressão é vaga e tendenciosa. Cabe ao princípio da presunção de inocência balizar as condutas dos envolvidos na persecução penal a fim de evitar a exclusão de uma população negra submersa em tantas vulnerabilidades, reflexo das diversas faces de um racismo estruturalmente arraigado.

7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vladés. 2. ed. Madrid: Centro de estúdios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

EXCLUSIVO PROIBIDA VEICULAÇÃO

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad. Ana Lúcia Sabadell. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 2, p. 44-61, abr.-jun. 1993.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES; Andréia de Brito. *Processo penal garantista*. 2. ed. Goiânia: AB, 2003.

BORGES, Ademar. Uma proposta de redução do encarceramento positivo. *Jota*, 19 jan. 2017. Disponível em: [www.jota.info/stf/do-supremo/uma-proposta-de--reducao-encarceramento-preventivo-19012017]. Acesso em: 01.01.2019.

BORGES, Ademar. *A inversão ideológica do discurso garantista*: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do poder judiciário. *Rev. Fac. Direito*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez. 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out.-dez. 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de--custodia/perguntas-frequentes]. Acesso em: 24.12.2018.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar*: dramas, princípios e alternativas. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JR., Salah Hassan. A cautelaridade do sistema penal brasileiro: uma hipótese sobre a reversão ideológica da Lei 12.403/11. In: SOUZA Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). *Ciências criminais em debate:* perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 1.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002b.

EXCLUSIVO REVISTA DA VEICULAÇÃO

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 23. ed. Trad. e Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *O compromisso do juiz criminal no estado democrático*: justiça e democracia. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 1997, v. 3.

FREITAS, Jaime Walmer de. *Prisão cautelar no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, R. M. C. (Coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

KHALED JR., Salah Hassan. *Livre convencimento motivado:* império do decisionismo no direito. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/355683799_Livre_convencimento_motivado_o_imperio_do_decisionismo_no_Direito [Acesso em: 06.08.2018.

LIMA, Camile Eltz de. A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva: (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 148-161, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar:* doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011:* análise de acordo com modelos estrangeiros e coma convenção Americana de direitos humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 11. Ed. São Paulo: D'Plácido, 2023.

NICOLITT, André. *Lei 12.403/2011*: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13, 30 de dezembro de 2013. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf]. Acesso em: 10.06.2023.

PRADO, Luiz Regis. *Prisão preventiva*: prisões e medidas cautelares à luz da constituição. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].

© EXCLUSIVO - PROIBIDA A VEICULAÇÃO

RODRIGUES, Andreia de Brito. Bullying *criminal*: o exercício do poder no sistema penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar*: medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. Prisão preventiva fundada no clamor público – A ditadura da maioria no processo penal. In: MACHADO, Felipe; VIANNA, Túlio (Coord.). *Garantismo penal no Brasil*: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Como se prova qualquer tese em Direito. *Consultor Jurídico*, 26 abr. 2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito]. Acesso em: 06.08.2018.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. La linguística jurídica, la problemática definitoria e el condicionamiento del accionar humano. In: WARAT, Luis Alberto; MARTINO, Antonio Anselmo. *Lengauge y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1973.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alexandro. *Direito penal brasileiro*: TEORIA geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

8. Legislação

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. DEPEN. *Departamento Penitenciário Nacional*. 2017. Disponível em: [http://www.sejus.es.gov/download/diagnostico-depen-pdf]. Acesso em: 01.01.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)*. jun. 2011. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={FBEBE363-0DC9-4BAD-9066-0B8335BED0A6}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49- 420B-9F76-15A4137F1CCD}]. Acesso em: 03.08.2018.

EXCLUSIVO PROIBIDA A REPRODUÇÃO

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Presunção de inocência" VI encontro AASP, de Antonio Cezar Peluso – *RBA* 1/231-245;
- A prisão para garantia da ordem pública e (des)ordem constitucional: reflexões sobre linguagem e alteridade, de Fernando Oliveira Samuel – *RBCCrim* 149/171-193;
- Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *Habeas Corpus* 126.292, de Emetério Silva de Oliveira Neto – *RBCCrim* 142/133-170;
- Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso, de Flávio Mirza – *RBCCrim* 122/115-134; e
- Sobre a decisão que decreta uma prisão preventiva, de André Szesz – *RBCCrim* 111/181-206, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, HC 131.905, j. 16.02.2016; *DJe* 07.03.2016 – *RT* 967/405;
- STJ, HC 47.712, j. 13.12.2005 – *RBCCrim* 59/391; e
- TJAC, HC 000047-94.2016.8.01.0000, j. 28.01.2016 – *RT* 967/671.

USO EXCLUSIVO. PROIBIDA A VEICULAÇÃO

O., T. B.; M., V. P.; M., A. H. T.. A expressão "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva: uma perigosa relativização da presunção de inocência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 198. ano 31. p. 241-261. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.150].