

## TEORIA CRÍTICA DA RAÇA E PROCESSO PENAL: NOVAS VISÕES SOBRE A HISTÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Vanessa Nunes Lopes<sup>1</sup>

**Resumo:** partindo de aportes da Teoria Crítica da Raça como referencial teórico e proposta metodológica próprios para enfrentar o ocultamento das hierarquias raciais levado a cabo por uma produção teórica tradicional, organizada na chave do mito da democracia racial, o objetivo deste artigo é colocar em discussão o desenvolvimento da legislação processual penal que tratou da prisão preventiva desde o primeiro decreto nacional que cuidou do assunto, em 1821, até que ela assumisse a forma desenhada pelo Código de Processo Penal de 1941. O propósito desse recuo histórico é trazer à tona aspectos do racismo que não tem recebido a atenção necessária na linha do tempo do processo penal, bem como situar a experiência de 1941 como a continuidade de um processo bem mais antigo de controle de circulação de pessoas negras, delineado desde a escravidão, e atualizado no pós-abolição. A partir dessa constatação, conclui-se que o autoritarismo no processo penal brasileiro, aqui examinado com foco no regime das prisões preventivas, só pode ser bem compreendido se analisado nas suas interfaces com o racismo.

**Palavras-chave:** Teoria Crítica da Raça. Processo Penal. Prisão Preventiva. Autoritarismo. Racismo.

### 1 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA PARA A REVISÃO DA HISTÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

De maneira bastante sintética, podemos definir a Teoria Crítica da Raça como uma orientação teórica e metodológica que propõe um olhar crítico sobre a relação entre direito e raça, tirando esta última da invisibilidade em que é colocada nas análises jurídicas para, com isso, enfrentar as práticas de subordinação que as instituições jurídicas fomentam, por trás do formalismo jurídico e do individualismo liberal (Delgado; Stefancic, 2021).

Seu surgimento desponta no contexto dos Estados Unidos, nos anos 1970, em uma conjuntura em que os direitos civis, conquistados pelo movimento negro na década anterior, estavam sob risco de retrocesso. Na ocasião, constatando que o racismo vinha assumindo formas mais sutis, mas igualmente eficazes, para limitar a cidadania dos não brancos, uma leva de acadêmicos, advogados e ativistas começou a colocar em questão o papel do Direito na manutenção da desigualdade racial, questionando o paradigma da neutralidade. Integram esse grupo escritores pioneiros

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

como Derrick Bell, Allan Freeman e Richard Delgado, aos quais se juntam em seguida Kimberlé Crenshaw, Angela Harris, Cheryl Harris, Charles Lawrence, Mari Matsuda e Patricia Willians, compondo assim o nascimento desse campo teórico (Delgado; Stefancic, 2021, p. 29-31).

Embora não haja uma homogeneidade nos trabalhos que tratam da Teoria Crítica da Raça, é possível identificar pontos comuns nessas produções que as tornam especialmente importantes para a superação do apagamento da raça no campo das análises jurídicas. Como não seria possível, neste artigo, esgotar a produção teórica sobre o assunto, nos valem das contribuições de Caroline Lyrio Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires (2015), e de Rodrigo Portela Gomes (2021), que, cada um a seu modo, constroem sínteses para a compreensão daquele campo teórico, permitindo a sua instrumentalização por outros pesquisadores, como tentamos fazer aqui.

Conforme Caroline Lyrio Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires, em seu artigo “Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil” (2015), entende-se por teoria crítica a postura teórica que se propõe a analisar o mundo com o objetivo de revelar os sistemas de dominação vigentes e apontar para formas de emancipação. No campo jurídico, e ainda conforme as autoras mencionadas, a corrente dos estudos críticos se desenvolve a partir da década de 1970 (*Critical Legal Studies*), questionando justamente o papel do Direito na manutenção das estruturas de dominação. Ocorre que, apesar dessa postura questionadora, os estudos críticos em Direito não fizeram da raça uma categoria de análise central em suas construções teóricas. E, ao não o fazer, ficaram inabilitados à proposição de instrumentos de superação das hierarquias raciais alimentadas pelo Direito. É precisamente no enfrentamento dessa lacuna que se desenvolve a Teoria Crítica da Raça, a partir do trabalho de “intelectuais ‘de cor’ (negros, latinos, asiáticos, povos originários e outras etnias não arianas dos Estados Unidos da América) para afirmar a raça como unidade de análise” (2015, p. 64).

Apesar de organizada desde o contexto geográfico dos Estados Unidos, as autoras destacam que as premissas propostas pela Teoria Crítica da Raça não se restringem à análise da realidade estadunidense, sendo também úteis para repensar criticamente o Direito no contexto brasileiro, já que, por aqui, a raça é um fator determinante na hierarquização social, dado que se evidencia pelo fato de termos mais da metade da população composta por pessoas negras, as quais figuram na

base dos indicadores sociais de renda, mercado de trabalho, saúde e educação. Entender essa clivagem social, portanto, requer a utilização da raça como critério necessário para a análise da realidade brasileira (2015, p. 62).

Silva e Pires (2015) também destacam que, por ter entre suas bases metodológicas o desafio constante ao mito da neutralidade no Direito, a Teoria Crítica da Raça pode contribuir para o enfrentamento de uma das maiores barreiras para a ampliação do debate sobre Direito e racismo no contexto brasileiro, que é justamente o mito da democracia racial (2015, p. 67), ficção que vai se construindo a partir do pós-abolição e que ganha densidade teórica principalmente a partir da década de 1930, tomando a função de mito fundador que inventa a identidade nacional e induz artificialmente a produção de um imaginário amortecedor das tensões raciais sempre presentes. Silva e Pires (2015, p. 78) comentam a respeito:

O mito forjado a partir dos anos trinta para escamotear a segregação e exclusão de direitos a que ficou submetida a população não branca após a abolição oficial da escravidão no Brasil conviveu com políticas públicas de exclusão e inferiorização do não branco sem que fosse evocado para combatê-las. Quando lutas por reconhecimento do povo negro puseram em questão seu significado político-cultural, o mito foi eleito como o traço cultural responsável pela não existência de conflitos raciais violentos em solo pátrio.

Ainda quanto ao ponto, as autoras registram um trecho da fala de Sueli Carneiro durante a audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discussão da constitucionalidade da política de cotas nas universidades públicas, em que esta última autora constrói um diálogo com o pensamento de Contardo Calligaris acerca do mito da democracia racial, e que vale a transcrição pela agudeza da exposição (Silva e Pires, 2015, p. 78-79):

O psicanalista Contardo Calligaris empreende a seguinte reflexão: "De onde surge, em tantos brasileiros brancos bem intencionados, a convicção de viver em uma democracia racial? Qual é a origem desse mito? A resposta não é difícil, diz ele, o mito da democracia racial é fundado em uma sensação unilateral e branca de conforto nas relações inter-raciais. Esse conforto não é uma invenção, ele existe de fato, ele é efeito de uma posição dominante incontestada. Quando eu digo incontestada, diz Calligaris, no que concerne à sociedade brasileira, quero dizer que não é só uma posição dominante de fato - mais riqueza, mais poder -, é mais do que isso, é uma posição dominante de fato, mas que vale como uma posição de direito, ou seja, como efeito não da riqueza, mas de uma espécie de hierarquia

de castas. A desigualdade no Brasil é a expressão material de uma organização hierárquica, ou seja, é a continuação da escravatura. Corrigir a desigualdade que é herdeira direta, ou melhor, continuação da escravatura, diz Calligaris, não significa corrigir os restos da escravatura, significa também começar, finalmente, a aboli-la". Neste contexto, Calligaris conclui que: "Sonhar com a continuação da pretensa democracia racial brasileira é aqui a expressão da nostalgia de uma estrutura social que assegura, a tal ponto, o conforto de uma posição branca dominante, que o branco e só ele pode se dar ao luxo de afirmar que a raça não importa".

Como estratégia para o desmanche do mito, Silva e Pires (2015) propõem a tradução das seguintes premissas levantadas pela Teoria Crítica da Raça para o contexto do Brasil: a primeira delas é o reconhecimento de que o racismo não é um evento extraordinário, mas sim uma característica estrutural da sociedade brasileira. A segunda é a de que a meritocracia e a neutralidade são ficções que servem justamente para manter a distribuição estrutural de poder baseada na raça, beneficiando pessoas brancas e culpabilizando pessoas negras por não alcançarem as posições de poder que, de partida, já lhe são interdidas em prol do privilégio branco. A terceira é o reconhecimento da noção de raça como construção social, que, no contexto brasileiro, se fez num gradiente que determina que quanto mais branco melhor e quanto mais preto pior (2015, p. 67-68).

Em busca da superação dos esquemas de pensamento que tem mantido viva a opressão racial, inclusive no campo das pesquisas acadêmicas, e tomando como referência o trabalho de Daniel Solórzano e Tara Yosso em "Critical Race Methodology: Counter-Storytelling as an Analytical Framework for Education Research", as autoras apresentam as seguintes características da abordagem de investigação própria da metodologia racial crítica que podem ser utilizados em trabalhos comprometidos com o enfrentamento à desigualdade racial (2015, p. 72): a) raça e racismo devem estar em primeiro plano em todos os aspectos da investigação, ao mesmo tempo em que devem ser considerados em sua intersecção com questões de gênero e classe na vivência negra (intercentricidade da raça e do racismo com outras formas de subordinação); b) os paradigmas tradicionais de pesquisa adotados para explicar as vivências subalternizadas das pessoas negras e proteger o privilégio branco - objetividade, meritocracia e cegueira da cor - devem ser desafiados e colocados em questão; c) deve haver um compromisso com a proposição de caminhos para a emancipação em face da dominação racial, de gênero e de classe; d) o conhecimento que advém das experiências de raça, gênero e classe deve ser

validado desde seu potencial emancipatório, valorizando-se técnicas como contação de histórias, testemunhos, biografias, entre outros; e) as análises devem ser feitas de modo interdisciplinar, como estratégia para vencer as omissões e lacunas já cristalizadas nas análises jurídicas tradicionais quando se trata de examinar a experiência das pessoas negras no mundo.

Tais recursos metodológicos vão compor, conforme as autoras, uma metodologia colorida (2015, p. 68-69), capaz de fazer justiça ao resgate da memória negra, cujas trajetórias de enfrentamento à opressão e resistência “foram ‘objetivamente’ retiradas dos capítulos da história majoritária” (2015, p. 74), e capaz, também, de enfrentar o racismo epistemológico, segundo o qual a produção do conhecimento e a validação dessa produção sempre tomam como premissas a história, a cultura e a experiência brancas, reforçando-as e fazendo delas o parâmetro sobre “a natureza da realidade (ontologia); as formas de saber dessa realidade (epistemologia); e os contornos discutíveis de certo/errado ou da moralidade e dos valores (axiologia)” (2015, p. 69).

Aprofundando as conexões entre a Teoria Crítica da Raça e o contexto brasileiro, Rodrigo Portela Gomes (2021) traça um importante panorama acerca do desenvolvimento dos campos da Teoria Crítica da Raça, a partir dos Estados Unidos, e do Direito e Relações Raciais, a partir do Brasil, mostrando como o desenvolvimento desses campos se comunica, compondo o que o autor vai denominar de “contracultura jurídica transnacional” voltada para a justiça racial.

Segundo proposto por Gomes em “Cultura jurídica e diáspora negra: diálogos entre Direito e Relações Raciais e a Teoria Crítica da Raça” (2021), a dinâmica dialógica entre os dois campos pode ser compreendida pela vivência simultânea de eventos que, ao longo das décadas de 1960, 1970 e 1980, marcaram o enfrentamento ao racismo e as disputas em defesa da liberdade em todo o mundo, afetando inclusive o Direito, como se deu com as lutas pelos direitos civis nos EUA, os processos de descolonização africana e as lutas contra as ditaduras na América Latina, acontecimentos que afetaram a comunidade negra diaspórica como um todo, inclusive a brasileira.

No caso da produção jurídica no Brasil, e ainda conforme Rodrigo Gomes, os efeitos dessa confluência se fariam sentir no trabalho pioneiro das juristas negras brasileiras Eunice Prudente e Dora Bertúlio. Contemporâneas da atuação pulsante do movimento negro da década de 1980, que disputava espaços no processo de

redemocratização e de composição da constituinte, elas colocaram em pauta o problema do silêncio dos juristas sobre raça e racismo, desvelando as consequências desse silêncio em termos de negativa de direitos à população negra principalmente no pós-abolição. Nesse processo, abriram uma trincheira de pesquisa que se propunha interdisciplinar, possibilitando, com isso, o desenvolvimento de novas agendas de pesquisa em direito que levassem a raça e o racismo em conta.

Gomes informa ter identificado pela primeira vez o par conceitual “Direito e Relações Raciais” na pesquisa de Mestrado de Dora Bertúlio, de 1989, produzida no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, muito embora Eunice Prudente já houvesse realizado, em 1980, pesquisa que enfrentava pontos comuns aos desenvolvidos por Dora Bertúlio, mas ainda sem adotar aquela expressão. Posteriormente, a categoria “Direito e Relações Raciais” passou a ser acionada para designar o campo de estudo crítico racial no direito brasileiro de maneira mais ampla.

Apesar de pontuar diferenças teórico-políticas nos trabalhos de Eunice Prudente e Dora Bertúlio, Gomes destaca que ambas as autoras denunciaram os efeitos da combinação do racismo científico e da política nacionalista, levado a cabo nas décadas anteriores, na conformação da produção jurídica brasileira, questionando a suposta neutralidade do direito frente ao racismo, numa crítica ao liberalismo jurídico - sintetizado nos atributos de abstração, generalidade e universalidade - que recalcava os atributos raciais. Omitir a desigualdade racial permitia ao Direito o manejo dos discursos de igualdade, harmonia e democracia racial, em descompasso com a realidade, fatos que Eunice Prudente e Dora Bertúlio denunciaram em suas pesquisas, desafiando o bloqueio ideológico colocado pelo mito da democracia racial. O impacto produzido pelo trabalho delas é sintetizado por Gomes (2021, p. 1213-1214) nos seguintes postulados:

- i) a cultura jurídica nacional está impregnada de práticas e ideias racistas que podem ser sintetizadas no mito da igualdade jurídica da democracia racial;
- ii) a sistematização do conteúdo constitucional denota a importância de ressignificação dos direitos fundamentais, a partir da agência negra;
- iii) a formação social do Brasil, especialmente as relações raciais são atravessadas por um arcabouço normativo de fundo segregacionista.

No que diz respeito à práxis jurídica, o intercâmbio cultural, político e jurídico

vivenciado pela diáspora negra teria como efeito a construção de práticas de enfrentamento ao racismo comuns tanto ao campo da Teoria Crítica da Raça quanto ao movimento Direito e Relações Raciais, assim sistematizadas por Gomes (2021, 1228):

- (i) denúncia da interdição ontológica do racismo, diante da promessa “moderna” de universalização da igualdade e da liberdade;
- (ii) construção crítica transdisciplinar do pensamento negro sobre os efeitos do racismo e do sexismo no fenômeno jurídico;
- (iii) confrontação dos postulados de tradição liberal que no direito codificaram os mitos raciais, sob o verniz da neutralidade, generalidade e formalidade; e,
- (iv) articulação das agências negras na luta por direitos enquanto gramática do direito.

Gomes comenta que, a partir dos anos 2000, uma nova geração de juristas ampliou a agenda de pesquisa inaugurada com Eunice Prudente e Dora Bertúlio (2021, p. 1214). Nesse sentido, e não obstante tenham lançado mão de diferentes matrizes teóricas, as juristas Ana Flauzina, Ísis Conceição e Thula Pires também assumiram em suas pesquisas, conforme Gomes (2021), o enfrentamento ao mito da democracia racial, retomando os postulados propostos por Eunice Prudente e Dora Bertúlio, independentemente da utilização de suas obras como teoria de base. A continuidade está na “construção de um olhar crítico do direito para as relações raciais no Brasil. Ou seja, uma leitura comprometida em desmobilizar práticas, discursos e uma estrutura racialmente desigual” (2021, p. 1215), e que, no caso das autoras da segunda geração, tem como centro do interesse a política criminal brasileira, por se tratar da modalidade de intervenção do Estado que mais afeta a vida negra no pós-abolição.

Para além dessas produções, o autor destaca iniciativas no campo jurídico que articulam atividades de pesquisa e ensino às demandas do movimento negro na atualidade, com a realização de eventos, disponibilização de disciplinas e criação de programas específicos, como o Programa Direito e Relações Raciais, da Universidade Federal da Bahia (PDRR/UFBA), coordenado pelo professor Samuel Vida; o Núcleo de Estudos em Cultura Jurídica e Atlântico Negro, da Universidade de Brasília (Maré/UnB), sob a coordenação do professor Evandro Piza; o Núcleo Interdisciplinar de Reflexão e Memória Afrodescendente, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (NIREMA/PUC-Rio), coordenado pela professora Thula Pires; e ainda, no campo das publicações, a editora Brado Negro, idealizada pela professora Ana

Flauzina (Gomes, 2021, p. 1233-1234).

As sínteses apresentadas por Caroline Lyrio Silva e Thula Rafaela de Oliveira Pires (2015), e por Rodrigo Portela Gomes (2021), nos encorajam a revisitar o percurso histórico do tratamento legal da prisão preventiva no Brasil, do Império à República, de modo a trazer a raça para o primeiro plano das análises. Ao revelar os componentes de segregação racial que sempre estiveram presentes na legislação processual penal brasileira, como se verá a seguir, coloca-se em xeque os mitos da neutralidade processual e da democracia racial, e demonstra-se que o autoritarismo no processo penal brasileiro só pode ser bem compreendido se observado a partir de uma perspectiva que não silencia a respeito do racismo de continuidade que se perpetua nesse campo.

## **2 DO IMPÉRIO À REPÚBLICA: O TRATAMENTO LEGAL DA PRISÃO PREVENTIVA E AS EVIDÊNCIAS DA SEGREGAÇÃO RACIAL PELA VIA DO PROCESSO PENAL**

Conforme Pires e Silva (2015, p. 79), há um certo consenso em torno da ideia de que, no Brasil, o direito não teria servido como instrumento direto de segregação racial, já que, por aqui, não teria havido legislações segregadoras como as que existiram nos Estados Unidos e na África do Sul. Contudo, as autoras contestam interpretação, sustentando que, na verdade, os mecanismos brasileiros de segregação normativa assumiram aqui formatos diferentes daqueles utilizados em outros contextos. Seguindo a hipótese das autoras, refizemos o percurso da legislação que vem tratando da prisão preventiva no Brasil desde o Império, com as lentes ajustadas pelos alertas da Teoria Crítica da Raça. Como resultado, coletamos uma série de evidências da segregação racial explícita na via do processo penal.

De acordo com Tostes Malta (1935), a primeira normativa nacional que tratou da prisão preventiva foi o Decreto de 23 de maio de 1821. Embora tenha sido expedido por D. Pedro I um ano e três meses antes da independência, ou seja, antes do início do Império propriamente dito, seu conteúdo é relevante porque permite dimensionar a complexidade das contradições detectáveis no coração do pensamento liberal brasileiro que abre o período imperial, e que seguem repercutindo no processo penal contemporâneo. Por isso, a transcrição se justifica:

Vendo que nem a Constituição da Monarchia Portugueza, nem as disposições expressas nas Ordenações do Reino, nem mesmo a Lei de Reformação da Justiça, de 1582, com todos os outros Alvarás, Cartas Régias e Decretos de meus Augustos Avós, tem podido affirmar de um modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas;

E constando-me que alguns Governadores, Juizes Criminaes, Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denuncias em segredo, suspeitas vehementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o peso de ferros, homens que se congregam por os bens que lhes offerecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quaes é, sem dúvida, a segurança individual;

E sendo do meu primeiro dever e empenho de minha palavra o promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição Liberal:

Hei por bem excitar pela maneira mais efficaz e rigorosa a observância da sobre-mencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este decreto ordeno:

1º Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do juiz ou magistrado criminal do território, excepto somente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente.

2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o facto que em lei expressa seja declarado culposo, com a designação individual do culpado, escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente.

3º [...]

4º Que, em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, escura, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, grilhões e outros quaesquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a soffrer qualquer pena afflictiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juizes e magistrados criminaes poderão conservar por algum tempo, em casos gravissimos, incommunicáveis os delinquentes, comtanto que seja em casas arejadas e commodas e nunca manietados ou soffrendo qualquer especie de tormento.

[...].

É assim que, no intuito de “antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição Liberal”, D. Pedro I traça os primeiros limites à prisão aplicada antes do julgamento definitivo. Com evidente inspiração contratualista, o decreto registra o descontentamento do então príncipe regente<sup>2</sup> com o fato de que homens que “assinaram o contrato social” em nome dos “bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis”, sendo o primeiro deles a segurança individual, estejam sendo ameaçados pela possibilidade de, por conta de atitudes arbitrárias de juízes, que determinam prisões antes do julgamento definitivo, serem conservados “em masmorras, vergados com o peso de ferros”. Eis a motivação declarada para a regulamentação da prisão processual: preservar o contrato social e proteger a segurança individual em face de abusos do estado-juiz.

Ainda que correndo o risco de reproduzir algum anacronismo, é muito difícil não associar a referência feita por D. Pedro I ao “peso dos ferros” à escravidão, realidade que, em 1821 - ano do decreto em questão - organizava a vida do país em termos econômicos, políticos, sociais e culturais. Por isso, cabe pensar que, talvez, o que chocasse D. Pedro I no regime das prisões processuais arbitrárias que ele mesmo repudiava no texto do Decreto de 23 de maio de 1821 não fosse o abuso de poder dos juízes tão-somente, mas sim o fato de que, por conta de tais abusos, homens livres pudessem receber o mesmo tratamento que era destinado às pessoas escravizadas. O incômodo com o “peso dos ferros”, assim, tinha duas medidas, já que o Decreto de 23 de maio de 1821 se referia expressamente apenas a pessoas livres, recusando seus efeitos à população escravizada: “nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz”.

O tratamento da matéria, portanto, evidencia a matriz racista do contrato social brasileiro, no qual o racismo ocupa o papel de amparo ideológico do qual as elites não abrem mão (Flauzina, 2017, p. 17).

A “masmorra estreita, escura, ou infecta” que precisava ser coibida, e a proibição, “para sempre”, do “uso de correntes, grilhões e outros quaesquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a soffrer qualquer pena afflictiva por sentença final”, não incluíram aquelas outras correntes, as nossas por excelência: as da escravidão. Pessoas negras escravizadas são, assim, o negativo

---

<sup>2</sup> D. Pedro I permaneceu como príncipe regente do Brasil quando seu pai, Dom João VI, retornou a Portugal em virtude de exigência da Revolução do Porto, ocorrida naquele país em 1820.

do texto do Decreto de 23 de maio de 1821, o verso da sua folha, a sua marca d'água. As penas cruéis, incluídos os açoites, a tortura e a marca de ferro quente foram abolidas três anos depois, com a Constituição de 1824 (art. 179, XIX), mas essa alteração legal seguiu indiferente para a maioria negra do país, não só porque a mesma constituição excluiu os escravizados da categoria dos cidadãos, mas porque a abolição da pena de açoites para escravizados foi alcançada somente em 1886, por meio da Lei nº 3.310, de 15 de outubro de 1886.

Não obstante a invisibilização discursiva das pessoas negras escravizadas na justificativa do Decreto de 23 de maio de 1821, o registro expresso, no texto do mesmo decreto, de que ele se destinava apenas a pessoas livres, comprova de saída que, no campo do processo penal, mais precisamente no campo das regras sobre a prisão preventiva, a legislação brasileira foi racialmente segregadora desde a origem, confirmando aquilo que já havia sido sustentado por Silva e Pires (2015, p. 79).

Ao contrário do que se verá na legislação futura, o Decreto de 1821 ainda não havia absorvido, pelo menos não textualmente, o propósito de utilizar a prisão preventiva em nome da “defesa social”. A ausência desse aspecto no texto do decreto possivelmente se deve ao fato de que o público a quem ele se destinava - os homens livres - não fosse a causa da insônia de quem exercia o poder, mais perturbado pela insurgência negra, a quem tentava controlar por meios que corriam por fora da disciplina do Decreto de 23 de maio de 1821.

Com a Constituição de 1824, a possibilidade de prisão antes do julgamento definitivo ganha novos contornos, sem romper com as contradições já detectadas no pensamento liberal brasileiro. Mesmo sem usar as palavras “escravo”, “escravizado” ou “escravidão”, outorga-se, “por graça de Deus” e “em nome da Santíssima Trindade” (referências literais da Constituição de 1824), um texto que restringe a cidadania aos “ingênuos ou libertos”, ou seja, às pessoas nascidas livres e às pessoas que se libertaram da escravidão, inscrevendo as pessoas escravizadas também no negativo do nosso constitucionalismo. Retomando a análise sobre o regime das prisões antes da condenação definitiva, estabelecido no art. 179, incisos VIII, IX e X da Constituição de 1824, verifica-se que ele se aplicava apenas às pessoas livres e libertas, pela própria literalidade do texto, que fazia alusão aos direitos dos cidadãos, ou seja, os livres e libertos. Aqui, mais uma vez, se confirma a perspectiva segregadora das normas que regem o processo penal desde o Império.

No regime definido pela Constituição de 1824, fora da hipótese da prisão em flagrante, a prisão antes do julgamento definitivo poderia se dar em duas modalidades: com culpa formada e sem culpa formada, ambas exigindo ordem escrita da autoridade competente (art. 179, X). Trata-se de uma ampliação das possibilidades de prisão, que, no modelo do Decreto de 23 de maio de 1821, só admitia, além da prisão em flagrante, a prisão com culpa formada. Por outro lado, foram previstas exceções à prisão mesmo em caso de culpa formada: mediante o pagamento de fiança, quando a lei a admitisse, ou independentemente dela, se o crime não tivesse pena maior que seis meses de prisão nem fosse apenado com desterro para fora da Comarca (art. 179, IX).

Com a edição da Lei de 30 de agosto de 1828, as disposições constitucionais sobre prisão sem culpa formada receberam complementação, especificando-se os casos em que seria cabível a excepcional prisão antes da culpa formada: na prisão em flagrante (já subentendida assim desde o Decreto de 23 de maio de 1821), e nos crimes “em que a lei impozer pena de morte natural, prisão perpetua, ou galés por toda a vida, ou temporariamente” (art. 2º).

Pouco tempo depois da definição da nova hipótese em que se admitiria a prisão antes de formada a culpa - crimes punidos com pena de morte natural, prisão perpetua, ou galés por toda a vida, ou temporariamente - foi editada a Lei nº 4, de 10 de junho de 1835, que ampliava o cabimento da pena de morte para os escravizados. Embora a aplicação da legislação sobre prisão preventiva aos escravizados fosse incerta, já que eles não estavam inseridos no grupo de cidadãos, é verdade que diversos documentos noticiam o processamento judicial de pessoas escravizadas<sup>3</sup>. Nesses casos, possivelmente a prisão sem culpa formada teria mais ocasião de ser aplicada do que em relação a livres e libertos, por conta da ampliação da pena de morte operada pela Lei nº 4. Outra vez, fica evidente o tratamento racialmente diferenciado da legislação processual penal que trata da prisão preventiva no contexto imperial.

Com a edição do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, o regime da prisão antes do julgamento é alterado pela ampliação da disciplina da fiança. Aqui,

---

<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal, por meio do Arquivo Histórico Joaquim Nabuco, divulga alguns desses casos, como se ilustra pelo Habeas Corpus nº 761, de 1890, impetrado em favor do ex-escravizado Theodoro, preso desde 1879, condenado à pena de morte pelo assassinato do seu senhor. Disponível em <https://supremohistorico.stf.jus.br/index.php/image-16-6>. Acesso em 25/03/2024.

o intuito acautelatório ganha evidência, associando-se textualmente a fiança ao desencorajamento da fuga e, ao mesmo tempo, ao aumento das possibilidades de ressarcimento do dano causado. Nesse sentido, no termo de fiança deveria ser declarado que o fiador ficaria obrigado a pagar a quantia fixada pelo juízo se o réu fugisse antes de ser preso ou não tivesse meios para indenizar a parte ofendida (art. 103).

Fora as alterações relativas à fiança, o Código de Processo Criminal de 1832 manteve uma configuração aparentemente semelhante à anterior no que diz respeito à prisão processual: prisão em flagrante, e prisão com e sem culpa formada. Porém, a diferença fundamental estava nas possibilidades de prisão que decorriam diretamente do controle de costumes, nas previsões que tratavam dos termos de bem viver e de segurança e dos passaportes para livre circulação de pessoas.

Estrategicamente posicionados entre o capítulo que cuidava da fiança e o capítulo que tratava da prisão antes da culpa formada, os termos de bem viver e de segurança, bem como a concessão (ou não) de passaportes para livre circulação de pessoas, consistiam em ferramentas<sup>4</sup> de vigilância e controle do comportamento, da circulação e da maneira de mover o corpo, que facilitavam o aprisionamento mesmo que na ausência de um crime propriamente dito.

O procedimento de deliberação sobre o passaporte era “simples”: depois de interrogar a pessoa desconhecida ou suspeita sobre “seu nome, filiação, naturalidade, profissão, gênero de vida, e actual pretensão” (art. 115), se o Juiz de Paz não se convencesse de que a pessoa estava “livre de crime”, poderia simplesmente expulsá-la de seu distrito de atuação, inclusive sob pena de prisão em caso de descumprimento da ordem de retirada (art. 116). Além de ser praticamente discricionária a possibilidade de expulsão do distrito, o descumprimento dos limites inscritos no passaporte poderia acarretar prisão da pessoa infratora.

Por sua vez, os termos de bem viver eram destinados aos “vadios, mendigos, bebados por hábito, prostitutas, que perturbam o socego (sic) publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias (art. 12, § 2º, e art. 121)”, enquanto que os

---

<sup>4</sup> Essas ferramentas parecem materializar “a verdadeira dimensão política do poder punitivo” (Zaffaroni et al, 2001, p. 69), que estaria contida não no “exercício repressivo-seletivo da criminalização secundária individualizante, mas no exercício configurador-positivo da vigilância, cujo potencial controlador é imenso em comparação com a escassa capacidade operativa da primeira”.

termos de segurança eram aplicados quando havia suspeita de que uma pessoa tivesse a pretensão de cometer um crime, ainda que não houvesse sequer iniciado a tentativa. Nos dois casos, o Juiz de Paz tinha poder para obrigar a assinatura do termo (art. 12, §§2º e 3º), estabelecendo nele não só a reprovação da conduta até ali mantida, bem como prescrevendo “o modo de bem viver” e a “pena cominada, quando o não observe” (art. 121). Em caso de descumprimento do termo, a pessoa infratora poderia sofrer a imposição de “multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas publicas” (art. 12, §3º)<sup>5</sup>.

Aqui, é possível visualizar uma semente do que seria a futura “garantia da ordem pública” justificadora da prisão preventiva. Pessoas associáveis a estereótipos que rompem com os bons costumes - vadios, mendigos, bêbados, prostitutas e turbulentos -, que são estereótipos racialmente construídos, ameaçam a manutenção da ordem, aqui entendida como a manutenção do poder do *status quo*, devendo, por isso, ser enquadradas, vigiadas e, se necessário, presas.

Especificamente quanto ao controle dos chamados vadios por meio dos termos de bem viver e segurança, se aplicam bem as considerações de Ana Flauzina acerca da criminalização da vadiagem como “regra de transição” criada pelo Estado, por meio do Código Criminal do Império, para lidar com as pessoas negras que haviam conseguido se tornar livres e estavam, agora, fora do controle privado dos senhores (Flauzina, 2017, p. 70):

A fórmula é simples. De um lado, estavam os escravizados sob o jugo do controle privado e de uma rede pública de vigilância que começava a se fazer cada vez mais presente. De outros, estavam os “libertos”, que, escapando da coisificação, deviam ser igualmente adestrados pela disciplina do poder hegemônico. Para suprir essa lacuna, a categoria vadiagem foi criminalizada.

O que esse dispositivo visa é que os escravizados passem da tutela dos senhores diretamente para a do estado. A vadiagem, em última instância, é a criminalização da liberdade: aos negros não é facultado o exercício de uma liberdade sem as amarras da vigilância. Apartados da cidadania, a sociedade imperial apreende os negros no desempenho de dois papéis: escravos ou criminosos. Tendo em vista a dificuldade em se promover a efetiva ocupação da mão-de-obra negra livre nos termos pautados pela elite, a vadiagem, inserida no

---

<sup>5</sup> Em alguma medida, os termos de bem viver e segurança do passado tem alguma semelhança com a suspensão condicional do processo e mesmo com as medidas cautelares diversas da prisão, já que, nos dois casos, sem ter havido um julgamento definitivo, um indivíduo é submetido a uma série de restrições em sua liberdade de circulação e/ou em seu patrimônio, bem como a normas de conduta que usualmente incluem a proibição de frequentar lugares como bares e festas.

pacote de inviabilização social do contingente negro, é uma categoria funcional da política. No império, portanto, gera-se o ócio como argumento para a punição.

Cabe lembrar que a disciplina dos termos de segurança e bem viver e dos passaportes de circulação coincide com o acúmulo de insurreições negras que marca a década de 1830, e com a ampliação da circulação de pessoas negras livres e libertas nos centros urbanos, dificultando a visualização imediata de quem é escravizado e quem não é, como já pontuado por Flauzina (2017, p. 67), e demandando cada vez mais a interferência direta do Estado no exercício de um controle que, até ali, estava mais concentrado na esfera privada.

Em 1841, o Código de Processo de 1832 passa por uma ampla reforma, promovida pela Lei nº 261. Embora a disciplina da prisão não tenha sido expressamente alterada, esta lei detalhou e modificou as regras sobre fiança, além de ter dado grande destaque à organização e atribuições da polícia, o que influenciou a dinâmica do controle da ordem pública. Isso porque, com a reforma, as atribuições para a imposição de termos de bem viver, de segurança e a emissão dos passaportes de circulação foi transferida aos Chefes de Polícia (art. 4º, § 1º), os quais passaram a ter a atribuição de “vigiar e providenciar, na forma das leis, sobre tudo que pertence à prevenção dos delictos e manutenção da segurança e tranquilidade publica” (art. 4, § 4º). A utilização do processo penal como um instrumento de segurança pública, ou de defesa social, parece ter, com a reforma de 1841, um referencial fundamental. Conforme observado por Zaffaroni (2011, p. 427-428), “as raízes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro estão fincadas nessa conjuntura histórica, que demarca o inevitável fracasso do projeto liberal”.

Outra questão que se destaca na reforma de 1841 é que, acompanhando especificamente a criminalização operada pelo Código Criminal de 1830 à figura dos vadios (art. 295 daquele Código), a Lei nº 261/1841 inscreve no Código de Processo de 1832 a restrição de direitos processuais para esse grupo, na medida em que impede a concessão de fiança para os réus “vagabundos ou sem domicilio” (art. 37 da Lei nº 261). Agora, o controle via processo penal dos chamados vadios, materializado na vigilância mediada pelos termos de bem viver, ganha reforço com a vedação da fiança. Esse marco é importante porque agora, talvez de forma mais expressa do que nas legislações anteriores, direitos processuais são expressamente limitados por meio da utilização de estereótipos de cunho racial.

O regulamento da Lei nº 261, dado pelo Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, revigora a preocupação com a organização policial, detalhando suas atribuições e confirmando seu poder para a emissão dos termos de bem viver e segurança, e dos passaportes de circulação, mas dessa vez com o cuidado de compartilhar esse poder com os juizes de paz, seus originais detentores. Agora, mais que obrigar a assinar os tais termos, os juizes de paz poderiam diretamente “pôr em custodia o bêbado, durante a bebedice”, obrigar vadios e mendigos a “honesto trabalho”, bem como “corrigir bêbados por vício e meretrizes escandalosas”, ambos causadores de perturbação do sossego público, além de “fazer destruir os quilombos, e providenciar para que se não formem” (art. 65 do Decreto nº 120/1842).

Nessa reorganização dos poderes de vigilância e controle, as atribuições da polícia e da justiça se confundem profundamente, já que os chefes de polícia passam a ter atribuições jurisdicionais<sup>6</sup>, julgando contravenções e crimes de menor repercussão, enquanto que os juizes de paz passam ter atribuições policiais<sup>7</sup>, encarcerando bêbados, perseguindo mendigos, vadios e prostitutas e - a cereja do bolo -, perseguindo e destruindo quilombos.

Esse conjunto de previsões faz do Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, um verdadeiro marco regulatório da atuação do estado policial, todo construído com base em categorias raciais, o que ajuda a compreender um pouco como a polícia brasileira chega ao estado de coisas atual sendo o braço fundamental do genocídio negro (Flauzina, 2017). De novo, tais previsões confirmam o caráter racialmente segregador da legislação brasileira que tratou do processo penal desde seu começo.

---

<sup>6</sup> Decreto nº 120 de 1842, art. 58: “Aos Chefes de Policia na Côrte e em toda a Provincia, a quem pertencerem, competem as seguintes attribuições policiaes: (...); 2º Obrigar a assisar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbão o socego publico; e aos turbulentos, que por palavras ou acções offendem os bons costumes, tranquillidade publica, e a paz das familias; 3º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretenção de commetter algum crime, podendo comminar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até 30\$000 rs., prisão até 30 dias, e 3 mezes de Casa de Correção, ou officinas publicas; (...) 6º Julgar as contravenções às Posturas das Camaras Municipaes, e os crimes, a que não esteja imposta pena maior que multa até 100\$000, prisão degredo ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade desse tempo, ou sem ella, e 3 mezes de Casa de Correção, ou officinas publicas, onde as houver.”

<sup>7</sup> Decreto nº 120 de 1842, art. 65: “As attribuições policiaes dos Juizes de Paz consistem: 1º Em fazer pôr em custodia o bebado, durante a bebedice; 2º Em evitar as rixas, procurando conciliar as partes; 3º Em fazer que não haja vadios, nem mendigos, obrigando-os a viver de honesto trabalho; 4º Em corrigir os bebados, por vicios, turbulentos, e meretrizes escandalosas, que perturbão o socego publico, obrigando-os a assignar termo de bem viver, com comminação de pena, e vigiando o seu procedimento ulterior; 5º Em fazer destruir os quilombos, e providenciar para que se não formem; 6º Em fazer corpos de delicto; 7º Em ter uma relação dos criminosos para os fazer prender; 8º Em avisar os Juizes de Paz dos outros districtos, os Chefes de Policia, Delegados e Subdelegados, acerca dos criminosos que souberem, que existem nos seus districtos.”

Nada disso acontece por acaso, já que, como mencionado anteriormente, as décadas de 1830 e 1840 são um período de grande instabilidade política no país, em que a concentração de insurreições negras e o aumento expressivo de pessoas negras livres nas cidades se combina com as disputas políticas desencadeadas pela abdicação de D. Pedro I do trono, em 1831, e de onde decorre, como resposta para a garantia da ordem pública no período das sucessivas regências, mais e mais repressão contra a população negra.

Outro aspecto importante do Decreto nº 120 de 1842 é que ele tornará os passaportes de circulação obrigatórios para escravizados e mesmo para africanos livres ou libertos, ainda que estivessem acompanhados de seus “senhores ou amos”, e salvo se fossem conhecidos das autoridades ou de “pessoas de conceito” da localidade (art. 70). A exigência desses passaportes mesmo em se tratando de africanos livres - os quais, conforme Luciana Brito (2016), sofreram intensa restrição em suas possibilidades de cidadania - renova mais uma vez a constatação de que a legislação brasileira teve, sim, uma gama de dispositivos que promoviam segregação racial. Além disso, o controle da circulação de escravizados mesmo quando acompanhados do senhor parece denotar um intento de coibir estratégias de fuga que contassem com o apoio de pessoas brancas, por meio da simulação de relações de dominação.

Ainda sobre a concessão de passaportes, o Decreto nº 120 elenca, como sinais identificadores do portador, “idade, altura, rosto, cabellos, olhos, nariz, boca, cor e barba”, dados que, em pesquisas futuras, permitirão analisar como essas características eram percebidas e avaliadas pelos agentes de controle da época.

Com a edição da Lei nº. 2.033, de 1871, que estabelece diversas mudanças na organização judiciária do Império, aparece pela primeira vez a expressão “prisão preventiva”. Nesse sentido, o art. 13, § 4º, registrava: “não terá lugar a prisão preventiva do culpado, se houver decorrido um anno depois da data do crime”. Regulamentando a Lei nº. 2.033, o Decreto 4.824, editado no mesmo ano, consolidou o sentido da prisão preventiva em termos mais próximos do que se utiliza até hoje:

Art. 29. Ainda antes de iniciado o procedimento da formação da culpa ou de quaesquer diligencias do inquerito policial, o Promotor Publico, ou quem suas vezes fizer, e a parte queixosa poderão requerer, e a autoridade policial representar, acerca da necessidade ou conveniência da prisão preventiva do réo indiciado em crime inafiançável, apoiando-se em prova de que resultem vehementes

indícios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réu ou documento ou declaração de duas testemunhas; e, feito o respectivo autuamento, a autoridade judiciária competente para a formação da culpa, reconhecendo a procedência dos indícios contra o arguido culpado e a conveniência de sua prisão, por despacho nos autos a ordenará, ou expedindo mandado escripto, ou requisitando por communicação telegraphica, por aviso geral na imprensa ou por qualquer outro modo que faça certa a requisição.

§ 1º Independente de requerimento da parte accusadora ou representação da autoridade policial, poderá do mesmo modo o Juiz formador da culpa, julgando necessario ou conveniente, ordenar ou requisitar, antes da pronuncia, a prisão do réu de crime inafiançavel, se tiver colligido ou lhe fôr presente aquella prova de que resultem vehementes indícios da culpabilidade do dito réu.

A partir de então, o condicionamento da prisão preventiva - agora sim com esse nome - ao juízo de necessidade ou conveniência passa a estar formalmente registrado na legislação.

Em 1888, alguns anos depois de editada a Lei nº 2.033/71, finalmente ocorre a abolição da escravidão. Fruto de acúmulos históricos complexos, a abolição é determinada, por um lado, por décadas e décadas de resistência negra, seja pela via direta das revoltas, das fugas e do aquilombamento, seja pelas práticas sociais de apoio coletivo materializadas nas irmandades negras, nos candomblés, e em diversas outras formas de organização para auxílio mútuo, compra de alforrias e formação de patrimônio para conquista de autonomia, e que vão resultar em um número cada vez maior de libertas e libertos circulando nas cidades e, de outro lado, pelo crescimento de um movimento abolicionista ilustrado que não foi capaz de escapar das contradições do liberalismo brasileiro, já exploradas no começo deste tópico, e pelo aumento das tensões provocadas pela pressão inglesa pelo fim da escravidão. É por conta dessa conjunção de fatores, aqui muito simplificada e pontuados, que cai o regime da escravidão.

A República proclamada um ano depois, em 15 de novembro de 1889, vai tratar, então, de tentar amortecer essa queda, procurando fazer dela a mais suave possível, para que a classe dominante sofra o mínimo de arranhões. Tanto é assim que, antes mesmo de uma nova constituição, promulga-se um novo Código Penal, em 1890. Ana Flauzina (2017, p. 82), comenta a respeito: “o fim do regime de trabalhos forçados reclamou prioritariamente um instrumento de repressão, deixando para segundo plano uma carta de declaração de direitos e princípios que regulamentasse a vida e sociedade.”

Avaliando a transição para o período Republicano, Ana Flauzina (2017) analisa como o fim da escravidão coloca em marcha um processo de transição da enunciação explícita do racismo para a sua manipulação difusa em termos legislativos (2017, p. 81). Nesse sentido, a antiga criminalização primária, que até ali podia ser feita de maneira explicitamente diferencial para negros e brancos, passa a exigir uma simulação de igualdade formal nos textos de lei, o que, por sua vez, desencadeia como efeito “compensador” o recrudescimento da discriminação nas práticas policiais, àquela altura já organizadas na chave da criminologia positivista (Flauzina, 2017, p. 87):

Se, no passado escravista, era possível à criminalização primária punir negros e brancos de forma expressamente diferenciada, agora, com a abolição, é preciso avançar ainda mais fortemente sobre os outros níveis de controle, sem prescindir da manipulação do ordenamento jurídico. Saindo expressamente das leis, a assimetria teria de ser garantida nas ruas. Esse será então o cenário da discriminação por excelência. Daí a porosidade, a aceitação da criminologia positivista como grande suporte teórico do treinamento policial.

É também nessa chave que ganha reforço a ideia de periculosidade como uma característica inata da população negra. Interpretada como fruto de um determinismo biológico, é na República que a periculosidade vai sendo desassociada do contexto político das insurreições empreendidas até a abolição, em que, bem ou mal, o medo branco traduzia em alguma medida o reconhecimento do potencial contra-hegemônico que se expressava nas articulações negras, assumindo então uma nova leitura, bem mais despotencializadora: inscrita na biologia, a inferiorização dos negros passa a ser atestada pelas pseudociências que vão aproximar negritude e patologia. Agora, o negro é perigoso porque degenerado.

Com a Constituição Republicana, em 1891, a competência para legislar sobre processo penal foi transferida aos estados, de modo que cada ente federativo poderia construir o seu próprio código, restando a regulamentação da União acerca do processo relativo à Justiça Federal - aplicável também aos estados que não definissem regras próprias<sup>8</sup> - o que foi efetivado pelo Decreto 3.084, de 05 de novembro de 1898.

---

<sup>8</sup> De acordo com Cruz (2018, p. 49), unidades da federação como São Paulo, Mato Grosso, Alagoas, Pará e Goiás mantiveram a aplicação da legislação nacional.

O referido decreto manteve a previsão de prisão preventiva para “vagabundos e pessoas sem domicilio certo” (art. 78), agora exigindo delas o pagamento de fiança mesmo em relação a crimes em que, para outras pessoas, ela não seria exigível (art. 103). Como se vê, utilizando a categoria “vagabundo”, nitidamente racializada, o decreto em questão investiu sobre o patrimônio das pessoas negras processadas, já que, para um réu dado como “vagabundo”, a liberdade passaria a estar condicionada a uma fiança, ônus que não seria exigível de um réu considerado “cidadão de bem”.

O Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909, foi o último que, em âmbito federal, tratou do tema da prisão preventiva antes da edição do Código de Processo Penal de 1941. Ele cuidou de revogar a limitação temporal à prisão preventiva que a Lei 2.033, de 1871, havia definido em seu art. 13º, §4º, que impedia a imposição de prisão preventiva se já houvesse decorrido um ano desde a ocorrência do crime, mas manteve a autorização para a prisão mesmo em se tratando de crime afiançável, “quando se apurar no processo que o indiciado é vagabundo sem profissão lícita e domicilio certo, ou já cumpriu pena de prisão por efeito de sentença proferida por tribunal competente (art. 27, § 1º). Para os crimes inafiançáveis, a presença de “indícios vehementes de autoria ou cumplicidade” (art. 27, § 2º) autorizariam a prisão, passando a ser exigida, expressamente, fundamentação tanto do pedido quando da concessão da ordem (art. 28). Ao lado da restrição dos direitos processuais dos chamados “vagabundos”, que vinha se consolidando pelo menos desde 1832, com os termos de bem viver e segurança e o regime dos passaportes, parece ganhar corpo, a partir do Decreto nº 2.110, de 1909, a restrição de direitos processuais de quem já havia cumprido pena antes. É o início do que viria a ser, no futuro, a restrição de direitos processuais das pessoas reincidentes.

O modelo de prisão preventiva consolidado pelo Decreto nº 2.110/1909 confirma, na entrada do século XX, a repetição de um modelo de prisão preventiva que começou a ser moldado quase um século antes, pouco vinculado à ideia de cautelaridade, e muito associado a um controle comportamental dos indivíduos, no qual os estereótipos sob controle são racialmente marcados, ilustrando uma espécie de “direito processual penal de autor”. Esse é um dado interessante porque de certa forma desarticula a noção de que os aspectos autoritários do processo penal brasileiro são decorrentes quase que unicamente do autoritarismo efetivado pelo Estado Novo, inspirado na Itália de Mussolini e no fascismo. O recuo histórico que fizemos até aqui demonstra que as práticas autoritárias e segregadoras no campo do

processo penal, e especificamente no que diz respeito às regras sobre prisão preventiva, remontam a um período muito anterior, respondendo à demanda por aprisionamento de pessoas negras que veio crescendo na mesma medida em que o acesso à liberdade por aquele grupo foi avançando, primeiro pelas alforrias conquistadas e pelas fugas empreendidas, ainda no contexto do Império, e depois, pela queda definitiva do sistema escravista que dá passagem ao período republicano.

No tópico a seguir, continuaremos a análise da legislação sobre a prisão preventiva, agora focada no marco do Código de Processo Penal de 1941.

### **3 A PRISÃO PREVENTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941: AUTORITARISMO PROCESSUAL E RACISMO DE CONTINUIDADE**

Retomando um pouco do que discutido nos tópicos anteriores, vimos que o advento da abolição da escravidão e a transição do Império para a República implicaram em novas formas de controle da circulação de pessoas negras, o que se fez sentir também no campo da produção legislativa sobre processo penal. A partir das décadas de 1920 e 1930, com a consolidação do mito da democracia racial, o controle voltado à população negra fica dissimulado basicamente nas categorias do perigoso, do vadio e do reincidente.

Nesse novo cenário, os esquemas para a defesa da ordem pública também se alteram. O advento da República é acompanhado pelo desejo por uma modernização que aproxime definitivamente o Brasil das nações “civilizadas”, o que irá demandar o controle da mão-de-obra livre rumo ao projeto de desenvolvimento industrial, por meio de abordagens diferentes em relação a negros e brancos (Flauzina, 2017, p. 86):

Se a ocupação da mão-de-obra é o pano de fundo, a disciplina dos trabalhadores brancos estará vinculada a uma tentativa de estabilização e acomodação da vida proletária, enquanto sobre o segmento negro incide um controle que almeja, além de garantir a mão-de-obra necessária para o projeto modernizador, resguardar a cor do poder, tolher qualquer esperança de uma equalização advinda do fim do processo escravista, definir, enfim, o espaço de subserviência a ser ocupado pela massa negra nesses novos tempos. Desde esse primeiro momento, as disposições do sistema punitivo republicano assumiram um controle diferencial para lidar com as especificidades dos grupos a serem gerenciados.

As repressões às greves, de um lado, e à vadiagem, de outro, situam o controle da ordem pública numa dinâmica mais complexa e racialmente diferenciada. Enquanto que a criminalização das greves, destinada ao proletariado branco e pobre, pretendia forçar a internalização da disciplina útil à fábrica e tolher a indisciplina política, a perseguição à vadiagem, endereçada aos negros, estava voltada ao controle dos corpos em si mesmos, na tentativa de neutralizar sua potencialidade de movimento (Flauzina, 2017, p. 84). Comentando a questão, Flauzina conclui (2017, p. 84-85):

Há um pano de fundo de interdição às filiações políticas, direcionado à ralé branca, que anima essa produção legislativa. Em suma, a manutenção da ordem também conduziu as estruturas do controle na direção do setor branco proletário, que deveria se integrar ao sistema produtivo sem produzir os ruídos da contestação.

Quando posicionamos o foco na direção do segmento negro, uma premissa completamente diversa orienta a pauta criminalizadora. O controle desse setor não passa somente pelos arroubos das opções políticas de enfrentamento da ordem, mas está centrado no grau de periculosidade investido em sua própria constituição física. Como sinaliza Suely Carneiro, 'a matéria punível é a própria racialidade negra. Então, os atos infracionais dos negros são a consequência esperada e promovida da substância do crime que é a negritude'.

O controle dessa “matéria punível”, que é o próprio corpo negro, vai fazendo da periculosidade uma marca cada vez mais entranhada no imaginário coletivo acerca de uma suposta natureza do ser negro, colocando sua livre movimentação espacial em oposição direta à ideia de manutenção da ordem pública.

Ainda no contexto da República, mas já por volta das décadas de 1920 e 1930, a associação entre negritude e periculosidade vai sofrer uma nova adaptação, agora mediada pelo desenvolvimento do mito da democracia racial. Da herança positivista que tratava explicitamente a existência dos negros e a mestiçagem como causas da degeneração do povo, vamos passando para uma estratégia nova, que passa a fazer da combinação harmônica das “três raças” - brancos, negros e indígenas - o constructo ideológico que servirá para manter o país sob controle, abrandando o medo das elites com a promessa de um modelo de dominação que pode se fazer tranquilamente pela manipulação da ideia de democracia. A esse respeito, Flauzina (2017, p. 48-49) comenta:

Foi então que a democracia racial apareceu como uma alternativa de dominação que evitava o confronto direto, preservando as assimetrias raciais. A partir dessa perspectiva, o trato da questão racial se dá pelo

avesso, numa dinâmica de silenciamento que impede a enunciação do racismo. (...) O objetivo é inviabilizar a construção de uma história que dê conta das defasagens e dos privilégios, convertendo as desigualdades em sina e, finalmente, apropriando-se das vantagens como direitos. (...) Assim, como donos do passado, num monopólio autoral em que não cabe a versão dos dominados, foi possível ao segmento branco forjar os processos de naturalização que fariam da interiorização da supremacia branca e da subordinação negra o grande legado do nosso racismo.

Com o fortalecimento do discurso público acerca da democracia racial, a população negra teve paulatinamente os laços cortados com seu passado insurrecto, o que fazia parecer que o presente de privações e subordinação seria fruto do acaso ou então culpa dos próprios negros. Indo além, o mito da democracia racial protegeu o Estado, blindando-o da responsabilização frente ao racismo, o qual, se e quando ocorresse, seria atribuído exclusivamente ao âmbito das relações privadas (Flauzina, 2017, p. 52). Nesse contexto, a associação entre negritude e periculosidade vai se tornando menos expressa na arquitetura legislativa e dogmática, mas continua igualmente apreensível nos resultados da operação do sistema penal (Flauzina, 2017, p. 51).

É nesse mesmo período que o golpe de 1930 encerra a chamada República Velha, desarticulando a alternância de poder entre as oligarquias paulista e mineira, que se revezavam na Presidência da República. Com o golpe, o candidato paulista Júlio Prestes é impedido de assumir a Presidência por Getúlio Vargas, que, com apoio de parte do exército, assume o poder, permanecendo na chefia do executivo até 1945 (Lima e Neto, 2019, p. 2-3). Ainda sobre a conjuntura em que se dá o golpe de 1930, cabe recordar que ele sucede a crise internacional de 1929, que abala o mercado agrário exportador brasileiro e impõe o desenvolvimento da indústria nacional, ampliando a existência de uma massa operária nas cidades e criando as condições para a mobilização por direitos trabalhistas e previdenciários, tudo isso em um contexto em que as ideologias anarquistas e comunistas, fortalecidas no país pela chegada numerosa de imigrantes europeus, se apresentavam em disputa como alternativas para a construção de futuros menos desiguais. É também no mesmo período, em 1931, que surge a Frente Negra Brasileira<sup>9</sup>, organização formada por negras e negros que buscam a igualdade de direitos e a participação negra na

---

<sup>9</sup> <https://ipeafro.org.br/acervo-digital/documentos/antecedentes-do-ten/frente-negra-brasileira/>  
Acesso em 06/06/2024.

política. À massa negra livre, então ocupada nos mais diversos tipos de atividade, e continuamente vigiada em suas possibilidades de articulação, se somam agora, como fontes de perigo, os imigrantes insurgentes.

Em meio a esse conjunto de fatores, a Era Vargas vai materializar um direcionamento de esforços do Estado voltados à produção de uma identidade nacional coesa, à qual a adesão ao mito da democracia racial terá especial serventia.

Conforme Elizabeth Cancelli (2014, p. 4-5), o regime instaurado por Vargas se propôs a sufocar qualquer ideologia que estimulasse a luta de classes, usando para tanto, de uma máquina de propaganda que instava a população a manter-se unida e cooperativa. Ainda de acordo com a autora, o mecanismo doutrinário e propagandístico de Vargas disseminou que haveria um perigo comunista pairando sobre o país, por um lado, e por outro atribuiu aos liberais uma “ganância anti-cristã” e prejudicial aos interesses populares. Indo além, procurou incitar a população contra os estrangeiros e intensificou a perseguição aos “maus hábitos” já coibidos desde os antigos termos de segurança e bem-viver. Nos dizeres de Cancelli (2014, p. 5), “comunistas, liberais, estrangeiros, sem-trabalho, políticos e judeus foram paulatinamente sendo transformados nos grandes inimigos objetivos do regime.”

Para lidar com essa gama de inimigos, a aceitação das práticas ilegais, principalmente nas formas de atuação da polícia, se torna um pilar do novo regime. Ainda conforme Cancelli (2014, p. 5):

Instalava-se uma espécie de Estado dual, dividido em duas facetas: a normativa e a de prerrogativas. O Estado normativo estava representado pelas atividades do governo que transcorriam de acordo com as normas e a ordem legal, como os expressos nos estatutos, nas decisões das cortes e nas várias agências administrativas. No Estado de prerrogativas estava ancorado o círculo do poder e a polícia: era uma esfera inatingível pelas normas e pelas leis. A este círculo, tudo era permitido, em termos penais e em termos políticos.

O uso da violência no Regime Vargas assenta boa parte de sua base teórica no pensamento do jurista Francisco Campos, que inicia sua atuação no regime como consultor-geral da República, e depois assume a função de ministro da Justiça entre 1937 e 1941. Analisando a construção do pensamento de Campos a partir de uma conferência realizada por ele em 1935, intitulada “A política de nosso tempo”, Elizabeth Cancelli (2014, p. 25-26) comenta:

Nesta conferência, em essência, Campos explanava como o valor supremo da sociedade não se constituía no homem, mas na nação e no Estado, aos quais o homem deveria o sacrifício de corpo e alma. Campos confirmava ainda que através do mito do nacionalismo se chegaria à projeção simbólica da unidade da nação num mundo típico, uniforme e coletivo, onde ao Estado caberia gerar a mentalidade de massa, numa integração só capaz de ser verificada através de transformações advindas da violência. Ou seja, o Estado não só se outorgava o monopólio legítimo do uso da violência, mas fazia dela seu agente de transformação revolucionária.

É dessa forma que a defesa social vai se colocando como discurso e como prática dedicada a eliminar diferenças, padronizar maneiras de ser e agir, sufocar subjetividades e controlar os inimigos do regime, sejam os tradicionais inimigos das elites brasileiras, ou seja, as pessoas negras, ou os novos inimigos agregados a partir da imigração e da industrialização.

É também nesse contexto que o modelo descentralizado de competência legislativa sobre processo penal se altera, sendo novamente unificado sob o poder da União pela Constituição de 1934, em disposição mantida pela Constituição de 1937, que marca o início da fase mais autoritária da Era Vargas, conhecida como Estado Novo. Com a dissolução do congresso, a legislação passa a ser editada pelo Presidente da República, que incumbe a uma comissão de juristas a tarefa de apresentar um projeto para a unificação do processo penal. Sob a coordenação de Francisco Campos, os juristas nomeados para a comissão foram: Antônio Vieira Braga, juiz de direito, Nelson Hungria, à época professor de Direito Penal na Universidade Federal do Rio de Janeiro e juiz de direito (vindo a ser nomeado como ministro do Supremo Tribunal Federal em 1951, por Getúlio Vargas), Narcélio de Queiroz, juiz de direito, e Cândido Mendes de Almeida, promotor de justiça. Em fase de revisão, juntaram-se à comissão Roberto Lyra, promotor de justiça e professor, e Florêncio de Abreu, desembargador (Gloeckner, 2023, p. 314).

A nomeação de uma comissão especializada por um governo ditatorial tinha uma razão prática: legitimar a legislação produzida no contexto do Estado Novo com base em um alegado caráter técnico, ancorado no trabalho de especialistas. Agora, o processo legislativo que tradicionalmente se fazia por meio dos debates parlamentares é substituído por uma espécie de “laboratório legislativo”, em que a melhor qualidade do produto final é defendida como decorrência do saber dos técnicos. A esse respeito, Gloeckner (2023, p. 315) chama atenção para as palavras do próprio Roberto Lyra, que integrou a comissão revisora do CPP de 1941, acerca

dos trabalhos do “gabinete-oficina” que elaborou o novo código:

A primeira característica, portanto, do processo legislativo, será a substituição dos debates parlamentares por laboratórios ou fabricos legislativos, com a predominância - pressuposta - de grandes mudanças no sentido de uma melhoria técnica do processo legislativo. Essa experiência vem narrada por Roberto Lyra, que descreve a sistemática do funcionamento dos trabalhos: “Na história das codificações penais, a contribuição brasileira de 1940 figurará como a primeira a consumir-se num gabinete-oficina, com os operários em camisa. No lugar da tribuna, a mesa. A marcha da elaboração não foi registrada. Nem podia ser, dadas as circunstâncias de trabalho de equipe com reconsiderações e correções até a última hora. Nenhum de nós teve a preocupação de perpetuar rastros no cruzamento dos passos de todos, sob a regência de autocrítica e da boa fé, nas contrações frustradas de cada ideia, na ânsia torturada de perfeição, na plenitude da boa vontade sempre modesta e insatisfeita”.

O trecho da fala de Roberto Lyra mencionado por Gloeckner nos dá a dimensão do quanto os juristas comprometidos com a elaboração do CPP de 1941 validaram a ideia de que um suposto conhecimento técnico justificaria substituir “a tribuna pela mesa”, o que, de forma direta, é equivalente a substituir a democracia parlamentar pela ditadura da técnica.

De qualquer forma, seja por meio de debates parlamentares, seja por meio de “gabinetes-oficina”, o que o levantamento histórico feito até aqui aponta é que, quando se tratou de legislar sobre a prisão preventiva, o resultado final sempre foi restritivo em relação às possibilidades de livre circulação das pessoas negras. A diferença está apenas no fato de que, nos regimes declaradamente ditatoriais, se estendeu ao restante da população o tratamento antidemocrático que já era aplicado aos grupos marginalizados independentemente de períodos de exceção (Flauzina, 2017, p. 95-96).

Dito isso, fato é que, com a conclusão dos trabalhos da comissão revisora, é publicado o Código de Processo Penal de 1941, acompanhado de exposição de motivos em que expressamente se declara a adesão à ideologia da defesa social. A disciplina da prisão preventiva, agora nacionalmente unificada, passou a constar da seguinte forma<sup>10</sup>:

---

<sup>10</sup> <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 22/02/2024.

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.

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 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.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, ns. I, II ou III, do Código Penal.

Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

Art. 316. O juiz, salvo o caso do artigo 312, poderá revogar a prisão preventiva, se, no curso do processo, verificar a falta de motivos para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Pela primeira vez, a legislação processual penal positivou a garantia da ordem pública como justificativa para a imposição da prisão preventiva, confirmando a ideologia da defesa social como viga mestra do regime da custódia processual.

Além disso, criou-se uma hipótese de prisão preventiva obrigatória (art. 312), destinada aos crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 10 anos, o que também ampliou o potencial de aprisionamento das estruturas do Estado Novo.

Os chamados vadios e as pessoas com identidade desconhecida, que antes tinham seus modos de vida controlados pelos termos de bem viver e de segurança e pelos passaportes de circulação, e que já contavam com restrições à possibilidade de recolhimento de fiança, foram cuidadosamente encaixados nos casos de cabimento da prisão preventiva facultativa, ainda que a infração fosse, em tese, afiançável, o mesmo ocorrendo em relação aos reincidentes.

É preciso que se diga que a vadiagem em si, por ter sido incluída no regramento da contravenção penal, não admitia prisão preventiva. Por outro lado, a associação de uma “aparência de vadiagem” à prática de um outro crime dava ensejo, quase que de forma automática (haja vista a impossibilidade de estabelecer fiança em favor do vadio), à prisão preventiva. Esse registro é importante porque, no senso comum, não se costuma associar a perseguição aos chamados vadios ao campo processual penal, não obstante a autorização para aplicar a prisão preventiva a pessoas consideradas vadias, mesmo em caso de crimes afiançáveis, tenha perdurado em vigor até 2011, quando finalmente foi revogada pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Os reincidentes não tiveram a mesma “sorte”, pois, ainda que em nova redação, a mesma Lei 12.403/2011 manteve a sua prisão facilitada.

Com a trinca legislativa da qual o Código de Processo Penal de 1941 faz parte, ao lado do Código Penal de 1940 e Lei das Contravenções Penais de 1941, se organiza um novo “microssistema da periculosidade” que, sem fazer referências explícitas a características raciais, seguirá restringindo a circulação de pessoas negras pela via da manipulação dos estereótipos racistas. Nesse sentido, o Código Penal, tratando das medidas de segurança, previu a sua aplicabilidade para pessoas de periculosidade apurada por meio da análise da personalidade e antecedentes, bem como da existência de motivos para supor que a pessoa viesse a cometer crimes (art. 77), e também para pessoas de periculosidade presumida (art. 78), conceito que abrangia inimputáveis, condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez, reincidentes em crime doloso e condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores. Além disso, o Código Penal especificou que, detectada a periculosidade, as medidas de segurança poderiam ser aplicadas mesmo em caso de crime impossível, e em caso de tentativa não iniciada (art. 76, parágrafo único).

Para além dos casos no Código Penal de 1940, a Lei das Contravenções Penais completou esse quadro, registrando que se presumiam perigosos o condenado por contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez (art. 14, I), o condenado por vadiagem ou mendicância (art. 14, II), o reincidente na contravenção de jogos de azar em geral (art. 14, III) e o reincidente na contravenção do jogo do bicho (art. 14, IV).

Por sua vez, o Código de Processo Penal desenhou o procedimento a ser seguido para a aplicação das medidas de segurança (cabíveis tanto para os crimes quanto para as contravenções), inclusive aquela aplicável “por fato não criminoso”, em dispositivo<sup>11</sup> até hoje não revogado. A figura da liberdade vigiada (art. 767 do CP/41) - espécie de medida de segurança não detentiva, também disciplinada pelo Código de Processo Penal -, aparentemente absorveu parte das funções que antes eram desempenhadas pelos termos de em viver e segurança e pelos passaportes de circulação, já que, para as pessoas a ela submetidas (inclusive nos casos de “medida de segurança por fato não criminoso”), o indivíduo deveria observar normas de conduta fixadas pelo juiz, entre elas: tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; não mudar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização deste; não mudar de habitação sem aviso prévio ao juiz, ou à autoridade incumbida da vigilância; recolher-se cedo à habitação; não trazer consigo armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender; não frequentar casas de bebidas ou de tavolagem, nem certas reuniões, espetáculos ou diversões públicas, devendo o indivíduo circular portando uma caderneta onde constariam as obrigações impostas.

Como se vê, o tratamento da periculosidade levado a efeito pela legislação penal da década de 1940 (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei das Contravenções Penais) cristaliza com todo vigor uma tradição de mais de cem anos de perseguição aos estereótipos negativamente associados à população negra que, especificamente no campo processual, pode ser ilustrado desde o Código de Processo Criminal de 1832, que instituiu o controle via termos de segurança e bem viver e via passaportes de circulação, passando pela reforma da Lei nº 261 de 1841, que deu início à restrição de direitos processuais de vadios, vedando-lhes o pagamento de fiança e, após o advento da República, pelo texto do Decreto nº 3.084 de 1898, que recomendava a prisão preventiva dos vadios e, agora, deles exigia o pagamento de fiança mesmo nos casos em que, para as pessoas não consideradas vadias, isso não seria exigido, e pelo Decreto nº 2.110, de 1909, que incluiu no grupo dos inimigos processuais as pessoas reincidentes. Agora, já na vigência do CPP de 1941, a positivação da possibilidade de prender preventivamente para “garantir a ordem pública” abriu um vão para a infiltração (Prado, 2023) da ideia de

---

<sup>11</sup> “Art. 549. Se a autoridade policial tiver conhecimento de fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança (Código Penal, arts. 14 e 27), deverá proceder a inquérito, a fim de apurá-lo e averiguar todos os elementos que possam interessar à verificação da periculosidade do agente.”

periculosidade no processo penal, representando uma sofisticação repressiva contra pessoas negras que se ilustra pelo próprio estado do encarceramento atual.

Retomar todo esse percurso legislativo com o olhar atento às dinâmicas raciais de cada período revela o quanto as pessoas negras - às vezes diretamente, nas restrições processuais a direitos de escravizados, de libertos e mesmo de africanos livres, às vezes indiretamente, mimetizados por meio dos estereótipos de bêbado, prostituta, turbulento, vadio e mendigo - foram colocadas em condições processuais mais restritivas que os demais grupos, materializando uma constância na organização da figura de um inimigo processual penal que cruza o império e aporta na república, garantindo, durante o Estado Novo, a invisibilização do racismo com a ajuda da blindagem proporcionada pelo mito da democracia racial.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É bem verdade que o Código de Processo penal de 1941 não registra menção expressa a características raciais de possíveis réus. Essa ausência já seria esperada, pelo próprio contexto histórico em que se tenta forjar uma unidade nacional que ecoa a ideia de uma democracia racial, hoje já reconhecida como farsa. Justamente por isso, a falta de referências expressas a características raciais de possíveis réus na legislação que vem tratando da prisão preventiva no Brasil requer um olhar mais aguçado, que vença a ficção da neutralidade. Segundo Silva e Pires (2015, p. 65),

Apesar da suposta universalidade das normas jurídicas, a seletiva indicação dos padrões morais e de normalização que identificam o tipo de proteção e os sujeitos protegidos impõe que uma avaliação crítica do direito - aquela comprometida com a identificação da realidade, suas estruturas de poder e obstáculos existentes à emancipação dos sujeitos subalternizados - descortine as estruturas de distribuição de poder, bem como os critérios que sustentam o modelo de dominação confrontado. A cegueira da cor, assim como a defesa de uma perspectiva neutra, objetiva, imparcial e ahistórica da realidade levam, ao contrário, à preservação das hierarquias raciais, de gênero, morais e sociais que se pretende superar.

Desse modo, somente com a superação da chamada cegueira da cor é que se torna possível perceber as clivagens raciais produzidas pela legislação que tratou da prisão preventiva no Brasil desde o império até a criação do Código de Processo

Penal de 1941. Se, por um lado, o cenário do Estado Novo apresentava relações de poder mais complexas, com um conjunto diversificado de inimigos do regime, o que resultou em um programa de aprisionamento também amplo (Cancelli, 2014), por outro, essa ampliação não significou a liberação dos antigos inimigos de sempre, ou seja, das pessoas negras, com a especificidade de que a linguagem da legislação se modificou, camuflando sua intencionalidade em termos de controle racial.

A mudança da gramática oficial, que deixa de nomear expressamente a diferença de tratamento processual aos negros, passando a fazê-lo com apoio nas categorias do vadio, da prostituta, do mendigo e do turbulento, e depois se valendo simplesmente do conceito aberto e “incolor” da garantia da ordem pública, não mudou o fato de que as pessoas negras, identificadas como perigosas do Império à República, seguiram sendo violadas na via do processo penal. Conforme Rodrigo Portela Gomes (2021, p. 1226), “na problematização do “silêncio dos juristas”, a interação entre ideologias racistas e o caráter positivo-liberal das normas jurídicas - abstração, generalidade e universalidade - recalavam os atributos raciais”, de modo que, ocultando-se o dispositivo racial, liberava-se a utilização dos “discursos de igualdade, harmonia e democracia racial em descompasso com uma realidade profundamente desigual”.

No mais, se os textos legais pós abolição não revelam referências expressas a marcadores raciais dos destinatários das normas processuais penais, a prática dos magistrados acumulada ao longo dos anos o fez sem deixar dúvida, resultando no estado atual do encarceramento em massa de pessoas negras. De acordo com dados Anuário da Segurança Pública<sup>12</sup> 2024, 69,1% da população encarcerada no Brasil é composta por negros, quando o total de negros na população do país, segundo dados do último censo<sup>13</sup> realizado pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBGE) é de 55,5%. O Anuário também aponta que, em 2023, os presos provisórios no país correspondiam a 24,5% do total. Na Bahia, estado cuja população negra corresponde a 79,7% do total<sup>14</sup>, o percentual de presos provisórios supera muito a média nacional, chegando a 44,1% em 2023.

Diante desse quadro, evidenciar a linha de continuidade histórica da

---

<sup>12</sup><https://apidSPACE.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>

<sup>13</sup> <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>

<sup>14</sup> Idem.

manipulação do processo penal como um campo de negação de direitos às pessoas negras por meio das prisões cautelares nos permite concluir que os aspectos autoritários do processo penal brasileiro não decorrem de uma inspiração simples e descontextualizada feita a partir do Código Rocco, que instrumentalizou o fascismo italiano na década de 1930 e influenciou o pensamento dos intelectuais que construíram o projeto do CPP de 1941, e sim de uma tradição de séculos de negação de cidadania ao segmento negro, para quem os ecos liberais decorrentes do iluminismo não surtiram efeito. Assumir uma postura coerente frente a tais constatações implica em reconhecer a neutralidade jurídica como ilusão, a técnica como via da política e democracia racial como mito. Talvez assim, não somente o atual modelo da prisão preventiva, mas todo o conjunto autoritário que organiza o processo penal brasileiro como instrumento de controle da livre circulação de pessoas negras possa ser superado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro*. Revista Seqüência, nº 57, p. 237-260, dez. 2008.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. *Genealogia do conceito de periculosidade*. Responsabilidades, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 37-52, mar./ago., 2011.

BATISTA, Nilo. *Capítulos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BRASIL. *Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 137–292, 1938. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. *A abolição no parlamento: 65 anos de luta (1823-1888)*, v. 1 e 2. 2. ed. Brasília: Senado, 2012.

BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Lumen Juris, 2019.

BRITO, Luciana da Cruz. *Temores da África: segurança, legislação e população africana na Bahia oitocentista*. Salvador: Edufba, 2016.

BUENO, Winnie. *Imagens de Controle: Um conceito do pensamento de Patrícia Hill Collins*. Porto Alegre: Zouk, 2020.

CANCELLI, Elizabeth. *Entre prerrogativas e regras: Justiça Criminal e Controle Político no Regime Vargas*. Cadernos do Tempo Presente, [S. l.], n. 15, 2014. DOI: 10.33662/ctp.v0i15.2806. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/tempo/article/view/2806>. Acesso em 60/06/2024.

CARNEIRO, Sueli. *Escritos de uma vida*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Teoria Crítica da Raça: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

FERREIRA, Gianmarco Loures; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *A Trajetória da Teoria Crítica da Raça: história, conceitos e reflexões para pensar o Brasil*. In: Revista Teoria Jurídica Contemporânea. Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, vol. 3.1, janeiro-junho de 2018, p. 201-229.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*. 2ª ed. Brasília: Brado Negro, 2017.

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

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. Org. Flávia Rios e Márcia Lima. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GOMES, Patrick Mariano. *Discursos sobre a ordem: Uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2013, 210 p.

GOMES, Rodrigo Portela. *Cultura jurídica e diáspora negra: diálogos entre Direito e Relações Raciais e a Teoria Crítica da Raça*. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 2, 2021, p. 1203-1241.

LEÃO, Bernardo S. C; PRADO, Alessandra R. M. *A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.627>

LIMA, Priscila Luciene Santos de; NETO, Lourenço de Miranda Freire. *A Era Vargas e um breve ensaio histórico de suas fases*. Percurso, [S.l.], v. 3, n. 30, p. 1 - 18, dez. 2019. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3610>. Acesso em 06/06/2024.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*. in Novos Estudos, n.º 66, Junho de 2003. pp. 145-155.

OLIVEIRA, E. N.; OLIVEIRA, F. R.; LIMA, G. F.; MARTINS, P.; COSTA, M. S. A.; FERNANDES, M. M. B. C., XIMENES NETO, F. R. G., ALMEIDA, P. C.; RODRIGUES, C. S. (2024). *A teoria crítica da raça em produções brasileiras: revisão*

*narrativa*. In: *Contribuciones a las ciencias sociales*, 2024, vol. 17.1, p. 297–311.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. A infiltração do axioma da periculosidade no direito penal e no processo penal com a condescendência da dogmática penal. In: PRADO, Alessandra R. Mascarenhas; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de; PIMENTEL, Fabiano. *Sistema Penal e Criminalização: Periculosidade e construção probatória no discurso jurídico*. Salvador: Eduneb, 2023, p. 21-66.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória: Comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: GOMES FILHO, Antônio Gomes Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Ana Flávia Magalhães. *Imprensa Negra no Brasil do Século XIX*. São Paulo: Selo Negro, 2010.

SILVA, Caroline; PIRES, Thula. *Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil*. XXVI CONPEDI. Florianópolis, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.