

**PRISÃO PREVENTIVA E ORDEM PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

**PRECAUTIONARY PRISON AND PUBLIC ORDER: CONSIDERATIONS ON  
THE MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE  
FEDERAL CONSTITUTION**

**Fábio Agne Fayet**

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal). Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado Criminalista. E-mail: [prof.fabio@fayet.adv.br](mailto:prof.fabio@fayet.adv.br)

**Andersson Vieira**

Acadêmico do 8º Semestre do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Estagiário na Superintendência Regional da Caixa Econômica Federal. Monitor da Disciplina de Processo Penal II, sob a orientação do Professor Doutor Fábio Agne Fayet. Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Extensão em Globalização, Direitos Humanos e Criminalidade, do Centro Universitário da Serra Gaúcha. E-mail: [anderssonvieira1@hotmail.com](mailto:anderssonvieira1@hotmail.com)

**Mário Henrique da Rocha**

Economista (UCS/2012). Especialista em Controladoria, Finanças e Auditoria (FSG/2016). Acadêmico do 7º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Pesquisador no Grupo de Pesquisa e Extensão em Globalização, Direitos Humanos e Criminalidade, do Centro Universitário da Serra Gaúcha. E-mail: [mario.henrique.da.rocha@gmail.com](mailto:mario.henrique.da.rocha@gmail.com)

**Informações de Submissão**

Recebido em: 16/12/2016  
Aceito em: 12/09/2017  
Publicado em: 18/10/2017

**Palavras-chave**

Decisionismo judicial. Garantia da ordem pública. Princípio da presunção de inocência.

**Keywords**

Judicial decisions. Public order guarantee. Principle of presumption of innocence.

**Resumo**

O escopo do presente trabalho é apresentar a problemática existente no ordenamento jurídico brasileiro a respeito do decisionismo judicial que foge às regras e está afastado dos direitos e das garantias constitucionais. Pretende-se fomentar a reflexão a partir do problema do caráter ambíguo da garantia da ordem pública e como este argumento é utilizado de forma discricionária, como verdadeiro fetiche, para decretação da prisão cautelar. Expõe também a respeito do dever de fundamentação da decisão judicial como princípio e garantia constitucional. O ensaio e o dilema ora propostos são feitos à luz do princípio da presunção de inocência e da Constituição Federal.

**Abstract**

This article's goal is to present the problems existing in the Brazilian Legal order pertaining the judicial decisions, that doesn't respect the rules and is far from following the constitutional rights and guarantees. It intends to generate reflexion from the ambiguous character problem of the guarantee of public order and how this argument is utilized in a discretionary way, as a real fetish for decreeing precautionary prison. It also exposes the duty of substantiation of the judicial decision as a constitutional principle and guarantee. The thesis and dilemma hereby proposed are made based on the principle of presumption of innocence and on the federal constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, estão previstos, como garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão, a presunção de inocência e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Ambas as garantias, previstas no texto constitucional, são atribuídas, de forma inalienável e indisponível, sobretudo, a indivíduos investigados ou acusados, em procedimentos relacionados à Justiça Criminal.

Todavia, atualmente, nota-se que, um dos principais problemas existentes na Justiça Criminal brasileira – para além de toda a questão da seletividade penal, que não é o enfoque da presente pesquisa –, é a sistemática violação à presunção de inocência. Isso pode ser notado, sobretudo, nas inúmeras decisões exaradas diariamente, que decretam a prisão preventiva de indivíduos, com supedâneo na chamada “garantia da ordem pública”, elemento previsto, legalmente, no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Embora o ordenamento legal brasileiro permita ao magistrado lançar mão do elemento antes citado, para exarar decretos prisionais, nota-se que, em suma, a grande maioria das decisões judiciais que determinam a drástica medida de prisão, estão lastreadas apenas e tão somente na garantia da ordem pública. Pois bem, frente ao exposto nessas linhas introdutórias, é possível lançar os seguintes questionamentos: de que forma é possível superar a prática punitivista e o decisionismo judicial, que estão enraizados no judiciário brasileiro? E ainda, sob à égide do Estado Democrático e de preceitos fundamentais, como a presunção de inocência e o dever de fundamentação das decisões judiciais, é crível que, um indivíduo seja levado à prisão com base apenas no argumento “garantia da ordem pública”?

Com efeito, a presente pesquisa pretende responder aos questionamentos levantados, com base em textos doutrinários e científicos, que versem sobre o tema ora abordado. Pretende-se, ainda, demonstrar que, essa forma de decisão judicial empregada na Justiça Criminal, não se justifica, uma vez que demonstra estar desconectada com a Constituição Federal.

Deveras, os problemas aqui levantados, melhor observados, precisariam, sem sombra dúvida, de dezenas de páginas, principalmente por tocar em pontos como a subjetividade do magistrado e como isso está externado em suas decisões. Dada a imensa polêmica existente em relação ao tema aqui abordado, a presente pesquisa possui relevância ímpar, não apenas devido à necessidade de superação do senso comum teórico buscada pelos autores, mas

também, por explorar um dos temas jurídicos de maior relevância atualmente, que é o decisionismo judicial, o qual se mantém enraizado no Poder Judiciário brasileiro.

## 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: LIAME HISTÓRICO E POSITIVAÇÃO DO PRECEITO FUNDAMENTAL CONTRA O PODER PUNITIVO

A presunção de inocência, muito além de ser considerada como um princípio no direito, é, em essência, uma condição natural do ser humano, que nasce inocente, e assim deve permanecer até que o Estado, por meio do devido processo legal, consiga comprovar o contrário, afastando, dessa forma, o estado de inocência do indivíduo que foi processado e teve sua culpa comprovada.<sup>1</sup> Assim, percebe-se que o princípio é um respeito e resguardo à condição de inocência da pessoa, ou seja, está diretamente ligado à proteção da dignidade humana, que é reconhecidamente um dever jurídico e fundamental de todo Estado Constitucional.<sup>2</sup>

Historicamente, o princípio tem sua origem no brocardo latino do *in dubio pro reo*,<sup>3</sup> oriundo do Direito Romano, no entanto, surge fortemente na Revolução Francesa, em face das práticas do *Ancien Régime*, que atentava de forma deliberada contra a liberdade das pessoas, presumindo-as culpadas, antes mesmo de ser provada sua culpabilidade.<sup>4</sup> Nesse viés, o princípio acabou consagrado no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em Paris, no ano de 1789, em plena Revolução Francesa<sup>5</sup>, e passou

---

<sup>1</sup> Na lição de Giacomolli, “a tutela do estado de inocência se aplica aos procedimentos onde haja possibilidade de restrição de direitos ou sanções à condição, conduta ou atividade da pessoa, não se restringindo somente ao processo penal, aplicando-se, também, ao processo administrativo sancionador. Todas as pessoas, independentemente de estarem sendo submetidas a algum procedimento, estão sob o signo do estado de inocência. Destina-se, o princípio, a todos os cidadãos (pública proteção) em todas as suas relações, bem como a todos os agentes públicos, mormente aos titulares de atividades restritivas de direitos ou condutores destas (Polícia, Ministério Público, Magistrado), com o sem atividade procedimental. São destinatários, também, os demais agentes, inclusive o legislador ordinário que, em seu atuar, possa partir da presunção contrária à da inocência, identificando (nome, imagem) a pessoa como culpada, antes de uma sentença penal condenatória definitiva”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103-104).

<sup>2</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78.

<sup>3</sup> O princípio “*In Dubio pro Reo*” significa: prevalecendo dúvida sobre a conduta delituosa do Réu, o Magistrado opta pela absolvição do mesmo. Este princípio está tipificado pelo art. 386, VII do CPP: “**Art. 386.** O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação. [...]” (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Brasília. 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 13.09.2017).

<sup>4</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 102.

<sup>5</sup> Para um melhor estudo quanto à Revolução Francesa, indica-se a obra de Hobsbawm (HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções.** 37.ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

assim, a ser observado em posteriores declarações e pactos internacionais relacionados a direitos e garantias fundamentais.<sup>6</sup>

No Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>, atual regime do Estado brasileiro, o princípio foi consagrado pelo Poder Constituinte no artigo 5º, inciso LVII, na elaboração da Constituição da República de 1988, ficando expressamente determinado que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, conforme a disposição do texto constitucional, o princípio é a garantia fundamental de que todo cidadão terá assegurado seu *status libertatis* como regra, sendo a prisão ou recolhimento ao cárcere, a *extrema ratio* do sistema penal.<sup>8</sup> Importa dizer, desse modo, que a presunção de inocência, em relação ao processo penal, situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada, sob pena de representar uma execução antecipada de uma sanção criminal ainda não delimitada definitivamente, bem como, grave afronta à garantia constitucional.<sup>9</sup>

É notório que todos os ramos do direito estão intrinsecamente ligados à Constituição Federal, de sorte que é a Lei Maior que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as

---

<sup>6</sup> Quanto ao sistema universal de proteção dos direitos humanos, destacam-se três textos normativos. No art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, prevê-se que “*todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”. O art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada na Organização das Nações Unidas (ONU), estabelece que “*todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*”. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 14, item 2, reconhece que “*toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”. Também nos sistemas regionais a garantia é expressamente prevista. Na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, conforme disposto no art. 6º, item 2, “*qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”. O art. 8º, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dispõe que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”. Como se pode verificar, o princípio da presunção de inocência foi positivado em textos normativos internacionais, dos quais se extrai, imediata ou mediatamente, os seus diversos aspectos: garantia política, norma de tratamento e norma de julgamento.

<sup>7</sup> Para Canotilho: “*o estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia de constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o “primado do direito” do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão*”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. São Paulo: Almedina, 2003, p. 245-246).

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 442.

<sup>9</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro.<sup>10</sup> Nesse passo, destaca-se que principalmente o direito processual penal, é que tem seus pilares na Constituição, uma vez que é regido e norteado pelos princípios relacionados à atividade processual e que estão consagrados no texto constitucional brasileiro. Com isso, o processo penal deve ser claramente tratado sob a égide das regras constitucionais, tendo em vista que, conforme lição de Streck, “um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto das Constituições e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais”.<sup>11</sup>

No entanto, é preciso ter presente que o Brasil, ao longo de sua história, viveu períodos autoritários, ou seja, foram poucos os lapsos temporais em que se viveu plenamente num Estado de Direito, quando muito democrático e com plena estabilidade política,<sup>12</sup> e isso resultou, pode-se dizer hoje, no caráter autoritário e punitivista existente no Poder Judiciário, tornando-o assim antidemocrático no que tange à Justiça Criminal.<sup>13</sup> Logo, esse não afastamento das bases inquisitoriais, demonstra total desrespeito ao pressuposto da presunção de inocência, contrariando todo o espírito do direito regido por princípios e garantias, opção que, por sinal, é a aderida constitucionalmente.<sup>14</sup>

Em suma, o desrespeito à presunção de inocência acaba por gerar óbices internos e externos à pessoa, isto porque, de acordo com Lopes Jr., “na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno

---

<sup>10</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 104.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Dennison. **História do Brasil**: política e economia. Curitiba: Intersaberes, 2012, p. 66-134.

<sup>13</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

<sup>14</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.

---

do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”.<sup>15</sup>

Para além das mazelas criadas pelo afrontamento ao princípio, não é possível olvidar-se que a presunção de inocência é um importante elemento fundamental à civilidade, conforme lição extraída do garantismo penal.<sup>16</sup> Para Ferrajoli, “a presunção não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança, ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” desses contra o arbítrio estatal”.<sup>17</sup>

Nada obstante, deve-se ter cautela à aplicação do princípio, ao passo que pelo caráter panprincipiologista que se vive atualmente no direito brasileiro, qualquer princípio pode vir a ser tratado como mera formalidade. Nesse sentido, Streck coloca que “como tradicionalmente se retrata a presunção de inocência, ela se assemelha muito mais a uma regra do que efetivamente a um princípio”.<sup>18</sup> Ou seja, extrai-se que na visão do autor, em cada decisão judicial que se pretende amoldar-se à Constituição, há um princípio a ser seguido, e assim, quando se trata a presunção de inocência de um modo universalizante, tabula rasa, o que se está a fazer é uma espécie de regramento do princípio da presunção de inocência.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93. Nesse sentido ainda, leciona Canotilho que “o partir da inocência e não da culpabilidade induz a importantes regras probatórias. Primeiramente, diante da presunção de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos foram demonstrados pela acusação. Na falta desses, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário status de inocência”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 443).

<sup>16</sup> Sobre o garantismo penal, Carvalho expõe o seguinte: “A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Trata-se, como teoria derivada do iluminismo, de um modelo crítico de produção do saber, combatente de todas as instâncias que promovem a infantilização do homem, visto que o pensamento da modernidade é fundado na opção pela civilização e negação da barbárie. É uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídico-políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado, na atualidade, pelos movimentos de ‘Lei e Ordem’ e de ‘(Nova) Defesa Social’. O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivos e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada”. (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19-21).

<sup>17</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

<sup>19</sup> Streck afirma que: “Nesse sentido, há um constante apelo ao princípio da presunção de inocência, como se ele estivesse fora do tempo e fosse uma verdade universal e necessária. E isso cruza as mais diversas

Em síntese, denota-se que a presunção de inocência, além de garantia política e constitucional, é a afirmação de que todo o indivíduo, investigado ou acusado, é presumidamente inocente, tendo em seu favor a garantia da dúvida.<sup>20</sup> Além do mais, o princípio também é considerado um termômetro de eficácia do cumprimento das garantias fundamentais e do pacto democrático, pois, do contrário, com a não observância da presunção de inocência pela Justiça Criminal, estar-se-á, dessa forma, desrespeitando a Democracia.<sup>21</sup>

### 3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: ANÁLISE DO ELEMENTO CONTIDO NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para adentrar-se na questão proposta neste tópico, é necessário apontar que, ainda que diversos sejam os requisitos apontados pela legislação processual penal como necessários à decretação da prisão cautelar, o texto abordará apenas o ponto sobre a garantia da ordem pública.<sup>22</sup> Contudo, para fins elucidativos, aponta-se que a garantia da ordem pública, junto com outros elementos – ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal – formam o chamado *periculum libertatis*, sem o qual, nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada.<sup>23</sup>

---

*manifestações doutrinárias, desde posições mais tradicionais até aquelas tido como críticas, por vezes partidárias de um garantismo que vulgariza o direito penal e processual penal, e que não se preocupam em tratar do problema de uma maneira científica. No fundo, há uma oscilação constante entre generalizar a presunção de inocência para abranger todos os casos, chegando ao ponto de se questionar a própria legitimidade da prisão cautelar (sic), e reduzir o princípio a uma individualização singularista – o velho “cada caso é um caso – que acaba por desvirtuar uma importante garantia processual em um relativismo jurídico completamente ineficaz”.* (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78-79). E ainda, para deixar claro o que Streck refere, também é oportuna a lição de Canotilho: “os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito)”, já sobre as regras, o autor refere que “podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”. Ou seja, é clara a diferença existente entre princípios e regras, e Lenio Streck é pontual ao referir acerca do perigo em deixar-se cair o princípio da presunção de inocência na vala comum das regras, podendo ser aplicado ou não. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. São Paulo: Almedina, 2003, p. 1160).

<sup>20</sup> NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 312.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79.

<sup>22</sup> Contudo, para não deixar em branco assunto tão importante, colaciona-se a lição de Lopes Jr.: “A prisão preventiva possui como requisito o *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito. Na sistemática do Código de Processo Penal (art. 312), é a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Além do *fumus commissi delicti*, a prisão preventiva exige uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo *periculum libertatis*.” (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 636).

<sup>23</sup> Pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou

---

Como está exposta no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>24</sup>, aparentemente, a expressão garantia da ordem pública parece indicar cuidados e preocupações com a estabilidade e tranquilidade da comunidade, da sociedade como um todo, porém, pela leitura da Constituição Federal, percebe-se que o artigo 144 prevê que a função de garantir a ordem pública é do Estado policalesco, ou seja, a incolumidade das pessoas e do patrimônio é exercida pelas autoridades policiais, e não pelas judiciais.<sup>25</sup>

Muito embora o poder constituinte tenha afastado do judiciário esse dever, como apontado, a garantia da ordem pública permanece hígida e como verdadeira psicose na prática judicial. Para Giacomolli, “muitas vezes, colocada (a garantia da ordem pública) em patamar superior aos direitos-garantias do investigado ou do processado, com conteúdo potencializador do punitivismo, da antecipação da tutela penal, substitutiva da ideologia da segurança nacional”.<sup>26</sup>

Dessa forma, a garantia da ordem pública tornou-se uma verdadeira mazela dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro, por possibilitar que inúmeros decretos prisionais estejam centrados e fundamentos com base nesse argumento, todavia, contrariando o caráter de cautela ao processo, que a prisão preventiva deve possuir.<sup>27</sup> Nesse sentido, a decisão judicial que decreta a prisão preventiva, fundamentada apenas na garantia da ordem pública, perde o caráter cautelar que vincula a prisão à segurança do andamento do processo.

Sendo assim, quando a decisão judicial que decreta a prisão preventiva de um indivíduo, com base na garantia da ordem pública, sem, no entanto, justificar o emprego desse termo e analisar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, está, dessa forma, equivocada, porque estará cumprindo funções outras que não aquelas relacionadas à prisão cautelar (clamor social, contra a impunidade, segurança das instituições, etc.).<sup>28</sup> Nesse viés, Lopes Jr. expõe que “é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão

---

para assegurar a aplicação da lei penal, em suma, praticamente o disposto no texto do artigo 312, do CPP. (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 637).

<sup>24</sup> “**Art. 312.** A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília. 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 13.09.2017.)

<sup>25</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 395.

<sup>26</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

<sup>27</sup> PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva e liberdade provisória**: a reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 74-75.

---



preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo”.<sup>29</sup>

De toda sorte, a imprecisão semântica apresentada pelo termo garantia da ordem pública, coloca o conceito de público, bem como o de ordem, sempre à mercê de interesses os mais diversos, podendo ser de fácil manipulação, dada a clara confusão com a chamada opinião pública.<sup>30</sup> Assim, como aponta Lopes Jr., “é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”.<sup>31</sup>

Também se percebe que, em diversas vezes, a prisão cautelar está (mal) fundamentada na garantia da ordem pública para afirmação da credibilidade das instituições, ou, sob o risco de o agente voltar-se novamente à prática delitativa. Ora, ambos os argumentos expendidos são claramente genéricos, pois, o primeiro não condiz com a realidade, tendo em vista que nenhuma instituição apresenta tamanha fragilidade que possa ser abalada pela prática do delito, por mais horrendo que seja; e o segundo argumento é aparentemente um diagnóstico do juiz totalmente desprovido de ligação com a realidade, por calcar-se em previsões futurológicas, de que o agente poderá voltar a praticar crimes, contudo, esquecendo-se que o direito trabalha no plano concreto dos fatos, e não com consultas plasmadas no futuro.<sup>32</sup>

Complementar a isso, denota-se que os outros elementos integrantes do chamado *periculum libertatis* não são presumíveis, ou seja, é necessária plena demonstração fática, de modo empírico, diretamente ligado à demonstração do que está contido nos autos, para provar a necessidade de aplicação da medida cautelar de prisão preventiva. Com isso, afastam-se de vez presunções subjetivas, desvinculadas da realidade fática e jurídica.<sup>33</sup>

Com o exposto, fica claro que é problemática a questão relacionada à garantia da ordem pública, por ser um conceito vago, impreciso e indeterminado, o qual expõe que a

<sup>29</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 650.

<sup>30</sup> PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 93.

<sup>31</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 637-638.

<sup>32</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 653.

<sup>33</sup> De acordo com Giacomolli: “*O recolhimento ao cárcere para garantir a ordem pública, exige a presença de fatos e de circunstâncias concretas e demonstráveis. Por isso, meras conjecturas e presunções abandonam o plano do factível e se inserem em abstrações espúrias e imprevisíveis. Em segundo lugar, o conteúdo da ordem pública há de ser delimitado, restringido, pois a prisão, por essa motivação, interfere no direito fundamental da liberdade. A vinculação jurisdicional da necessidade da prisão para garantir a ordem pública se justifica nos casos em que o delito colocar em risco a organização estrutural de uma instituição do Estado ou do próprio Estado de Direito ou repercutir na sociedade, mas não em determinado grupo social, em determinado local, onde algum meio de comunicação social quer. Nessa delimitação não cabem motivações de prevenção especial ou geral, na medida em que viola o estado de inocência quando se presume culpado pelo crime que cometeu e pelos que possivelmente vier a praticar*”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396-397).

legislação processual penal é retrógrada, autoritária e utilitarista, pois serve somente a discursos punitivistas, visivelmente afastados da concepção garantista da Constituição Federal.<sup>34</sup> Com efeito, a medida extrema da prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública, também demonstra que a utilização desse termo pode esconder sentimentos íntimos de quem decreta a prisão. Nesse sentido, Tourinho Filho coloca que “as ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões”, o que, acaba por ser um viés perigoso, além de antidemocrático.<sup>35</sup>

Dessa forma, é possível concluir que a expressão garantia da ordem pública, pela forma como exposta no Código de Processo Penal, sem possuir explicações sobre o que significa, é, portanto, um termo ambíguo e desvinculado do caráter democrático que se pretende no processo penal brasileiro. Além do mais, diga-se, em síntese, que a prisão preventiva, fundamentada apenas na garantia da ordem pública, não apresenta nenhum caráter cautelar, pois não tem intimidade com a segurança que a prisão preventiva deve dar ao regular andamento do processo criminal. Assim, a prisão preventiva, quando decretada apenas e tão somente para garantir a ordem pública, reveste-se como aplicação de pena antecipadamente, além de ser inconstitucional e antidemocrática.<sup>36</sup>

#### **4 A INSUFICIÊNCIA DO TERMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: O DESRESPEITO AO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL**

Um dos grandes problemas enfrentados hoje, no processo penal brasileiro, é a ausência de fundamentação adequada nas decisões, sobretudo, naquelas que decretam a aplicação de medidas cautelares, como é o caso da prisão preventiva.<sup>37</sup> Por ser a prisão medida tão drástica, que representa a restrição da liberdade de ir e vir do indivíduo, o mínimo que se pode esperar,

<sup>34</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 648.

<sup>35</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 687.

<sup>36</sup> Em sentido contrário, Pacelli e Fischer entendem que “*é possível a prisão cautelar para garantia da ordem pública, desde que fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação*”. Os autores referem ainda que “*negar o risco de reiteração criminosa, ou, e mais, negar a possibilidade de certos prognósticos quanto a essas conclusões, é o mesmo que retroceder, sempre e permanentemente, a uma ideia originária e fundamentadora da dignidade humana, sem os condicionamentos da civilização moderna*”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 616).

<sup>37</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232

e aceitar de uma decisão nesse grau, é que, sob a égide do Estado Democrático de Direito e também da Constituição Federal, o julgador, além de fundamentar a decisão, justifique a prisão, ou seja, explique os motivos que o levaram a decidir.<sup>38</sup>

Além de ser uma questão de segurança jurídica e de necessidade da correta interpretação,<sup>39</sup> a motivação da decisão judicial é também uma garantia expressamente consagrada no artigo 93, inciso IX,<sup>40</sup> da Constituição Federal, uma vez que, é pela motivação da decisão que se pode fazer um controle racional de como o juiz decidiu.<sup>41</sup> Nesse viés, conforme bem pontua Lopes Jr., “trata-se de garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório”.

O poder do Juiz, no sistema constitucional e democrático brasileiro, não está legitimado por si, e para além da autossuficiência, é necessária a demonstração plena do papel do Magistrado enquanto também reserva ética.<sup>42</sup> Para Canotilho, “a fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve

---

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 98.

<sup>39</sup> Conforme lição de Jesus: “*O Direito Penal, ao contrário do Direito Civil, não se nos apresenta numerus apertus, mas sim a numerus clausus. Não há infrações senão as descritas pela lei penal e, em consequência, não há comportamento humano que não seja ou conduta lícita ou ilícito penal. Daí a importância e a necessidade de ser interpretada, pois o pensamento que nela se contém, por mais claro que seja, exige um trabalho prévio do exegeta, no sentido de declarar a existência de uma relação de vida subordinada às determinações do Direito*”. (JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 27).

<sup>40</sup> “**Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;**” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13.09.2017).

<sup>41</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101-102.

<sup>42</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

---

advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de *sentire*”, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência”.<sup>43</sup>

Com isso, resta demonstrado que o dever de fundamentar as decisões judiciais está em lugar privilegiado dentre as garantias processuais penais, pois, sob o prisma do regime de direito e democrático do Estado Brasileiro, todas as decisões judiciais que afrontarem garantias fundamentais, não sendo, por exemplo, devidamente fundamentadas, serão consideradas antidemocráticas e estão contra o que se busca realizar dentro do processo constitucional, que é a concretização do extenso rol de garantias consagradas no texto da Constituição Federal.<sup>44</sup>

Insta ressaltar também, que a fundamentação não deve estar presente somente em decisões terminativas, como em sentenças, mas sim, em todas as decisões interlocutórias tomadas no curso do processo, principalmente, aquelas que implicam medidas que restringem direitos e garantias, como a liberdade de ir e vir.<sup>45</sup> Com efeito, é oportuno referir que o princípio constitucional insculpido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não somente traça uma regra de caráter procedimental, que pode ser seguida ou não, haja vista que a falta de fundamentação judicial, seja ela formal ou substancial, acarretará na nulidade da decisão.<sup>46</sup>

Desse modo, na via penal entende-se perfeitamente fundamentada a decisão, quando dela se pode inferir uma justificação racional do magistrado, podendo extrair-se que nela está presente a motivação (causa ou a condição da escolha, orientada pela conduta humana), e a fundamentação (explicação da motivação fática e jurídica do convencimento).<sup>47</sup> Assim, como explica Giacomolli, “somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita sua compreensão, não satisfaz o conteúdo do art. 93, IX, da CF”.<sup>48</sup>

De todo modo, em se tratando de decisões relacionadas às prisões cautelares, o dever de fundamentar a decisão judicial assume maior relevância ainda, mormente ao fato de que o

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: as garantias processuais penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 97.

<sup>45</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

<sup>46</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35. Esse também é o entendimento de Canotilho, ao assentar que: “*Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93*”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1325).

<sup>47</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 227.

<sup>48</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 228.

fundamental direito de liberdade deve ser respeitado, e apenas ceifado em *ultima ratio*, não podendo ser a prisão medida desvinculada dos direitos e das liberdades fundamentais.<sup>49</sup> Assim, há enorme responsabilidade do magistrado, porque, deve explicitar claramente, depois de importante reflexão, as circunstâncias pelas quais decide quando opta por retirar a liberdade de ir e vir de um indivíduo.<sup>50</sup>

Com isso, a necessária fundamentação da decisão judicial nada mais é que a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira, ou seja, é a demonstração da coerência e integridade que legitima a decisão, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.<sup>51</sup> Ou seja, é a resposta adequada que à comunidade jurídica e social, podendo dela extrair a racionalidade pela qual o Magistrado decidiu, demonstrando que não atendeu anseios políticos, sociais midiáticos, sobretudo, em se tratando de decisões que versam sobre a prisão preventiva<sup>52</sup>

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro determinar, como exposto, que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal deve ser observado por todos os Juízes e Tribunais, independente de instância, nota-se que, no entanto, um sem número de decretos prisionais são exaradas com base apenas na garantia da ordem pública, sem a devida fundamentação.<sup>53</sup> Ocorre que, devido à ambiguidade que o termo garantia da ordem pública apresenta, em alguns casos, as decisões judiciais que se utilizam desse elemento para prender, geralmente, são de caráter cognitivo do Magistrado, que se pretende imune ao controle intersubjetivo, sendo, desse modo, incompatíveis com o do Estado Democrático de Direito.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232.

<sup>50</sup> Nesse ponto, assinala Streck que: *“Uma vez que a consequência é o reforço do espaço de autonomia do direito e da força normativa da Constituição – tem-se que o dever fundamental de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis. Destarte, as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (que transitam no terreno do contramajoritarismo) residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico; é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte do processo sob apreciação; é uma accountability permanente. Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de accountability jurídico-político em favor da sociedade”*. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 102-103).

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1325.

<sup>52</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 231.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 74.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 101.

---

A questão do inconsciente do Juiz, suas concepções pessoais, o ser, ou seja, suas perspectivas históricas, culturais, ideológicas e psicológicas, acabam se tornando perigosos elementos, sobretudo, quando o Magistrado assume papel de garantidor da segurança, da ordem, da sociedade, como verdadeiro arauto da moral e dos bons costumes, fatos que se visualizam corriqueiramente nos tribunais brasileiros. Quando se depara com Magistrados envergados a assim agirem, o único caminho possível é a cautela frente às suas decisões, porque, em suma, irão refletir o ser subjetivo do Juiz, e não o contido nos autos, e assim, sendo um perigoso viés à democracia.<sup>55</sup>

Muito embora a garantia da ordem pública seja um elemento integrante do *periculum libertatis*, não é plausível que a definição do que seja ordem se encontre na reflexão pessoal, subjetiva e solipsista que Julgador faz. Toda prisão que é imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, acaba por macular o princípio da presunção de inocência, e assim, não é aceitável que a determinação da aplicação da constrição da liberdade de alguém dependa de um juízo *ad hoc*, fruto da discricionariedade, mormente ainda, quando não há qualquer fundamentação lastreada em motivos concretos e jurídicos.<sup>56</sup>

Em que pese haja possibilidade da discricionariedade judicial ocorrer no caso concreto, devido à omissão da lei em referir o que é a ordem pública, na situação concreta, essa falta de clareza por parte da lei processual penal, não pode servir de alibi para que princípios (presunção de inocência e fundamentação das decisões judiciais) não sejam observados. Nesse ponto, para Canotilho, “assim como os princípios foram alçados à condição de norma para “salvar” a racionalidade moral prática, o caso concreto também é convocado para reduzir o máximo de discricionariedade, e jamais o contrário disso”.<sup>57</sup>

Embora a prática de delitos deva ser repudiada pelo Estado, seja o delito hediondo ou não, é necessário referir que não cabe ao Juiz ou qualquer membro do Poder Judiciário valorar de forma discricionária o fato ilícito praticado, muito menos segregar alguém unicamente por entender que aquele fato cometido perturba a ordem pública. A valoração do delito já foi dada pelo legislador, ao definir o montante de pena aplicado a determinado crime, conforme as previsões da parte especial do Código Penal e demais leis penais. Portanto, decisões judiciais exaradas pela Justiça Criminal, que determinam a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, devido à gravidade do delito, e que valoram a

<sup>55</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 75.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324-1325.

prática do crime, ferem não apenas o princípio da presunção de inocência, mas também a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, e por consequência, a Constituição da República, porque condenam o indivíduo antes mesmo do devido processo penal.<sup>58</sup>

Embora no Estado Democrático de Direito, o juiz possua legitimada jurisdição e independência, o fundamento da legitimidade de jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais. Assim, como assenta Lopes Jr, “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais”, sobretudo quando se trata de juízes, desembargadores e ministros que atuam e decidem questões relacionadas à seara criminal.<sup>59</sup>

Mesmo que o juiz detenha faculdade para deixar de aplicar a lei, e tenha em si que determinada decisão está de acordo com a Constituição, não pode ele confundir a adequada e necessária interpretação constitucional, com a possibilidade de decisionismo e ausência de fundamentação.<sup>60</sup> Não se pode olvidar que no atual regime democrático e de direito, não se pode enfraquecer e desrespeitar o maior bem de todos, que é a liberdade<sup>61</sup>, ceifando-a de forma subjetivista e solipsista, como se nota em diversas decisões exaradas na Justiça Criminal, mediante a utilização do argumento de que a prisão é necessária para garantia da ordem pública, argumento notavelmente incompatível com a democracia.

As posturas discricionárias, subjetivas e solipsistas, são, assim, axiomas indubitavelmente antidemocráticos, e incompatíveis com o que se busca no direito, independente da área. No entanto, no tocante ao processual penal, o que se espera são posturas democráticas daqueles que detêm o poder de julgamento, e podem apresentar decisões fundamentadas, com respeito à Constituição Federal e aos princípios nela insculpidos, como o da presunção de inocência e do dever de fundamentação da decisão.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 688.

<sup>59</sup> Para Lopes Jr.: “A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais baseada na democracia substancial”. (LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61).

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 141.

<sup>61</sup> Sobre o direito de liberdade, de forma precisa Rousseau: “Se se indaga em que consiste o maior bem de todos, o qual deve ser objetivo de todo o sistema da legislação, verificar-se-á que se reduz a estes dois objetos principais: a “liberdade” e a “igualdade”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Pillares, 2013, p. 91).

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

---

---

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está bem assentado que, em todos os Códigos, Convenções, Tratados internacionais e na nossa Constituição Federal, que o princípio da presunção de inocência é um dos preceitos basilares e norteadores do regime democrático. O princípio, que impõe regra de tratamento do Estado para com seus cidadãos, é uma das mais importantes garantias previstas no texto constitucional, por conferir a todo em qualquer indivíduo, de forma inarredável, a condição de inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, inocente até esgotamento de vias recursais. Dever de tratamento, repita-se.

Contudo, apesar de toda a relevância que é atribuída ao princípio da presunção de inocência, nota-se que, infelizmente, a sistemática violação a ele é tratada como algo normal na Justiça Criminal brasileira. O que deveria ser a exceção, passou a ser a regra, e assim, a prisão processual – lembre-se que a prisão deveria, sempre (e sempre!) ser a *ultima ratio* do sistema – atualmente, é utilizada de forma normal e corriqueira, para todo e qualquer tipo de delito, e na grande maioria dos casos, para garantia da ordem pública.

Ora, é estarrecedor crer que, frente a todos os preceitos fundamentais existentes na Constituição Federal, ainda deparamo-nos na Justiça brasileira, com magistrados que decretam prisões apenas e tão somente na chamada “garantia da ordem pública”. Nota-se, com isso, que não há como concluir de forma diversa, senão afirmando que, a prisão processual, decretada com supedâneo na garantia da ordem pública – verdadeiro *prêt-à-porter* da Justiça Criminal – é antidemocrática e de uma decisão travestida de punitivismo.

Ao decretar a prisão para garantir ou assegurar a ordem pública, o juiz assume um papel que não é seu. Como exposto no texto, apesar de ainda contido no Código de Processo Penal, a Constituição Federal dá às polícias o dever de garantir a ordem pública. Logo, o juiz que pretende assumir papel diverso à jurisdição, pretende-se um moralizador, típico justiceiro, portanto, antidemocrático, afastado do texto constitucional e dos princípios basilares do Estado Democrático.

Logo, é preciso “colocar o dedo na ferida”, apontar que, qualquer decisão judicial que tenha pretensão de mandar alguém para o ergástulo, sob o argumento de garantir a ordem pública, não se sustenta ao passar por uma filtragem constitucional e garantista. Como exposto no presente texto, a manutenção desse elemento no ordenamento legal brasileiro, possibilita ao magistrado decidir de modo ambíguo e vago, e ainda, de forma subjetivista (e muitas vezes moralista).

---



O Juiz criminal pode, é bem verdade, não gostar de estar naquela situação, contudo, no momento de decidir, mormente quando se trata de aplicar medidas prisionais, não é razoável que a decisão seja invadida por preceitos morais e subjetivos do Magistrado. Enquanto instituição imbuída de jurisdição, e com poder decisório, o Juiz, representante do Estado – esse reserva ética –, deve decidir e aplicar a lei livre de moralismos e subjetivismos.

É imprescindível que se pense para além do ranço inquisitório e punitivista, não se pode aceitar que, em pleno Estado Democrático, o Juiz possa ter a leviandade de decidir de modo contrário a todo o espírito garantista que se extrai da Constituição. Além do mais, a decisão judicial, deve, necessariamente, sob pena de nulidade, estar fundamentada com base em elementos fáticos e legais. Com isso, será possível extrair, da decisão, que não há nenhuma arbitrariedade, discricionariedade, ou elementos de caráter subjetivo, desprendidos da realidade e da racionalidade.

Em síntese, pode-se afirmar que, os problemas trazidos, indubitavelmente necessitariam mais do que meras linhas de conclusão. Com efeito, procurando encerrar o presente texto, mas sem a intenção de esgotar o tema, podemos afirmar que, no atual estágio da história, é imprescindível o respeito aos preceitos constitucionais. Quer isso dizer que, garantias constitucionais não podem ser flexibilizadas e desrespeitadas. Independente da instância ou seara de atuação, cabe aos Magistrados, de forma inarredável, o dever de tratar a todos como inocentes, e ainda, quando necessária a prisão processual, que ela seja emanada de decretos prisionais fundamentados, com respeito ao dever constitucional de fundamentação da decisão.

## REFERÊNCIAS

ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição Brasileira.** *Revista Liberdades*. São Paulo, ano 2, n. 4, p. 24-43, mai.-ago., 2010.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal:** anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília. 05 out. 1988. Fonte disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2016.

---

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941: Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro. 03 out. 1941. Fonte disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Bruno Seligman. **A independência judicial e o inconsciente do julgador: um diálogo (im)possível**. *Revista Liberdades*. São Paulo, ano 6, n. 18, p. 44-58, jan.-abr., 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri: Manole, 2014.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Dennison. **História do Brasil: política e economia**. Curitiba: Intersaberes, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, PACELLI, Eugênio Pacelli de. **Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

RIVERO, Maria del Carmen Gómez. **Presunções e Direito Penal**. *Revista Liberdades*. São Paulo, ano 5, n. 13, p. 9-30, mai.-ago., 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Pillares, 2013.

---

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**. São Paulo, ano 4, n. 11, p. 30-51, set.-dez., 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

---