

# **POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS SOBRE A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Eduardo Felipe do Amaral<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A recente alteração do Código de Processo Penal proveniente da Lei nº 12.406/2011 se fez necessária a partir de duas perspectivas estritamente indispensáveis à aplicação dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam, a discricionariedade outorgada aos magistrados para aplicarem alguma medida cautelar e pelo fato de que esse instituto não estava devidamente regulamentado pela redação original do respectivo Diploma Processual. No entanto, a expressão Garantia da Ordem Pública, implementada no ordenamento jurídico pela Lei nº 5.349/1967 e preservada pela alteração do ano de 2011, é extremamente vaga e indeterminada gerando forte controvérsia na doutrina e jurisprudência quanto ao seu verdadeiro significado e aplicação conforme os ditames da justiça, apesar de novel a mudança processual. As funções da segregação cautelar, tema indispensável ao entendimento de todo o sistema das medidas cautelares está interligado, assim como a expressão indicada, à interpretação subjetiva, causando uma insegurança jurídica indefinida.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Decisão Judicial Penal.

## **ABSTRACT**

The recent amendment of the Criminal Procedure Code from the Law No. 12,406 / 2011 was needed from two perspectives strictly indispensable for the application of fundamental rights and guarantees, namely, the discretion granted to judges to apply some precautionary measure and because that this institute was not properly regulated by the original wording of the relevant procedural Diploma. However, the expression Guarantee of Public Order, implemented in the legal system by Law No. 5,349 / 1967 and preserved by the amendment of 2011, is extremely vague and indeterminate generating strong controversy in the doctrine and jurisprudence as to their true meaning and application as the dictates of justice, despite the novel procedural change. The functions of the protective segregation, theme essential to the understanding of the whole system of precautionary measures is interconnected, and the

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito egresso da Instituição de Ensino Faculdade Eduvale Avaré. Ef.amaral@hotmail.com

indicated expression, subjective interpretation, causing an undefined legal uncertainty.

Keywords: Preventive Prison. Public Order Assurance. Criminal Judicial Decision.

## INTRODUÇÃO

Não há a mínima possibilidade de compreender os pressupostos da prisão preventiva de maneira isolada, sendo necessário relacioná-los à preceitos constitucionais e infraconstitucionais. A liberdade, bem juridicamente tutelado, não pode sofrer qualquer violação em virtude de indeterminados entendimentos. Os pressupostos que fundamentam um decreto prisional cautelar, sem a devida observância do caso concreto, podem causar prejuízos a quem sofreu ou que esteja na iminência de sofrer um encarceramento.

Apesar de ser recente a atualização processual, as funções subsidiárias e autônoma da prisão preventiva entram em conflito em sua efetiva aplicabilidade, apresentando uma possível ofensa à liberdade do indiciado ou do acusado<sup>2</sup>.

A busca, não pelo melhor, mas pelo correto entendimento do que venha a ser Garantia da Ordem Pública está nas mãos de quem conciliará os pontos determinantes do processo criminal ou inquérito policial com as consequências da restrição da liberdade.

É decepcionante deparar com uma recente alteração onde há incoerências dentro de temas que cuidam de um gravame à liberdade.

Dentre as modificações de inúmeros dispositivos legais e de toda problemática sobre o tema, ainda há a necessidade de se observar o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Pelo fato de o Código de Processo Penal apresentar tão somente a referida expressão Ordem Pública, para que haja um decreto prisional cautelar pelo magistrado é preciso não só indicar que está presente o pressuposto, mas também posicionar-se sobre um conceito, podendo ter sua decisão revista pelo Tribunal competente.

---

<sup>2</sup> O artigo 311 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/2011 possibilita a decretação da prisão preventiva em qualquer fase das investigação policial ou do processo penal. Por isso a imprescindibilidade das denominações corretas.

## **1 PRISÃO PREVENTIVA - SUBSIDIARIEDADE CONFORME O ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Dentre todas as medidas cautelares previstas no Diploma Processual Penal, em proporcionalidade progressiva de onerosidade às liberdades individuais, a prisão preventiva é vista como a medida mais gravosa, pois fere uma condição pessoal de inocência reconhecida pelo artigo 5º, inciso LVII da Lei Maior. Dessa maneira, percebe-se que possui um caráter excepcional.

Para que seja manejada, imperioso se faz a observância das condições estabelecidas na legislação processual penal. A excepcionalidade faz da preventiva uma medida cautelar de *última ratio* a ser utilizada quando se tem por escopo tutelar a ordem pública ou econômica, assegurar a investigação ou o processo em curso e sua efetividade ou para garantir a aplicação da lei penal.

A Lei nº 12.403/2011 foi enfática ao destacar a subsidiariedade da privação da liberdade através da decretação da prisão preventiva no artigo 282 do Código Processual Penal<sup>3</sup>. O referido dispositivo, em seus dois incisos, apresenta a necessidade e adequação no manuseio das diversas medidas cautelares.

Essa subsidiariedade também está expressa no artigo 282, §6º ao dispor que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, fazendo referência ao artigo 319 que apresenta um rol de medidas cautelares diversa da prisão.

Nota-se que há referenciais positivados que exigem obediência com o objetivo de se superar uma indevida antecipação de culpa, banalizando o aprisionamento provisório.

---

<sup>3</sup> Redação original do artigo 282 do Código de Processo Penal: À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

Diante da leitura do pretérito artigo 282, percebe-se que havia uma ampla discricionariedade concedida à autoridade competente para decretar a medida mais grave em relação à liberdade individual, qual seja, a preventiva.

A referida lei alteradora está orientada por alguns princípios, tais como o da presunção de inocência, da jurisdicionalidade, da vedação da prisão *ex lege* e a motivação das decisões judiciais.

## **2 DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DURANTE A FASE PRELIMINAR DE INVESTIGAÇÕES**

A preventiva será decretada pela autoridade judiciária competente, podendo decorrer de uma representação da autoridade policial ou mediante m simples requerimento pelo representante do Ministério Público. O querelante ou o assistente ministerial também podem requerer a decretação.

O requerimento pela prisão preventiva pode ser feito em qualquer fase das investigações policiais ou em qualquer fase do processo criminal. Ressalta-se que a preventiva ainda pode ser decretada de ofício pelo magistrado competente, mesmo quando a autoridade policial deixar de representar ou quando, ao oferecer a denúncia, o Ministério Público deixar de requerer, mas somente no curso do processo criminal.

A interpretação de toda essa problemática é extraída da nova composição do artigo 311 do Código de Processo Penal.

No entanto há um contraste entre a prisão temporária e a preventiva relacionado à decretação destas durante a fase preliminar de investigações. A Lei nº 7.960/1989 que dispões sobre a prisão temporária trouxe um rol de crimes, sendo alguns hediondos e outros não, mas que quando praticados, autorizam a sua decretação. Assim, os delitos autorizadores da temporária estão relacionados aos delitos descritos no artigo 2º, §4º da Lei nº 8.072/1990. Contudo, há entendimento de que quando decretada a prisão temporária, esta não poderá ser emendada pela prisão preventiva. Analisa Lima (2013, p. 235)

[...] somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva, pelo menos durante essa fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida de preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória

Nessa seara, a justificativa que se dá a este entendimento é que se foi criada uma modalidade de prisão cautelar com o objetivo específico de tutelar investigações relacionados à prática de determinados delitos, não há coerência em decretar a prisão preventiva também na fase preliminar, quando ocorrer os crimes descritos na lei específica. A título de exemplo, se a prisão temporária for decretada pelo magistrado pelo prazo previsto em lei para assessorar as investigações de um crime hediondo, não assiste razão se, ao término do prazo da temporária, o juiz decretar a prisão preventiva, concedendo à autoridade policial mais tempo para a conclusão do inquérito policial. Dessa maneira, se o Delegado não consumir o inquérito no prazo máximo previsto em lei e atingido o tempo de duração da temporária, o indiciado deve ser posto em liberdade, sendo que esta liberdade não irá afastar a apuração da suposta prática do delito. No entanto, se ao término do prazo da prisão temporária for oferecida denúncia ou queixa não há nenhuma previsão legal que possa impedir o magistrado competente de, ao receber a inicial acusatória, converter a prisão temporária em preventiva, com ou sem requerimento, pois o artigo 311 possibilita a decretação de ofício<sup>4</sup>. Importante esclarecer que mesmo com previsão de prisão temporária para um determinado crime, esta não deve ser obrigatoriamente aplicada, podendo ser decretada a preventiva mediante requerimento e desde que observados os pressupostos do artigo 312.

### **3 DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DURANTE O CURSO DO PROCESSO CRIMINAL**

Na antiga redação do artigo 311 do Código Processual Penal<sup>5</sup>, determinada pela Lei nº 5.349/1967, última alteração antes da Lei nº 12.403/2011, a preventiva podia ser decretada

---

<sup>4</sup> Código de Processo Penal, Artigo 311: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

<sup>5</sup> Redação original do artigo 311 do Código de Processo Penal: 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.

Redação do artigo 311 após alteração pela Lei nº 5.349/1967: 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.

em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

Antes das alterações protagonizadas pela Lei nº 11.689/2008 e pela Lei nº 11.719/2008, relacionados ao Tribunal do Júri e à suspensão condicional do processo, *emendatio libelli* e aos procedimentos, respectivamente, a instrução criminal no procedimento comum era constatada pelo período entre o recebimento da inicial acusatória e a fase prevista no artigo 499 do Código de Processo Penal<sup>6</sup> ou até a inquirição de testemunhas, se se tratasse do procedimento do júri, conforme o artigo 406, *caput*, do mesmo diploma legal.

Com a reforma ocorrida no ano de 2008 através das leis indicadas acima, no procedimento comum ordinário a instrução criminal inicia-se com o recebimento da denúncia ou queixa e termina com o fim da audiência de instrução, debates e julgamento, com a exceção da possibilidade de requerimento de diligências onde a sua necessidade tenha emanado de fatos apurados durante a instrução.

Assim, com o texto do artigo 311 determinado pela Lei nº 5.349/1967 a prisão preventiva somente era cabível na fase de inquérito policial ou em qualquer fase da instrução criminal, permitindo uma interpretação no sentido de que se encerrada a instrução criminal a preventiva não poderia mais ser decretada. Se fosse mantida após encerrada a instrução, antes da alteração pela Lei nº 12.403/2011, mesmo sob qualquer fundamentação do magistrado competente, a prisão preventiva deveria ser relaxada.

Com a atual redação do artigo 311, a prisão preventiva pode ser decretada mesmo após encerrada a instrução criminal<sup>7</sup>.

#### **4 FUNÇÃO AUTÔNOMA E SUBSIDIÁRIA DA PREVENTIVA**

---

<sup>6</sup> O artigo 499, revogado pela Lei nº 11.719/2008, apresentava a seguinte redação: Terminada a inquirição das testemunhas, as partes - primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou os réus - poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.

<sup>7</sup> Se o processo for de competência originária dos Tribunais, o relator será competente para decretar a prisão preventiva, pois conforme a Lei nº 8.038/1990 em seu artigo 2º, parágrafo único, lhe é outorgado as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.

À prisão preventiva pode ser atribuída uma função autônoma. Isso só será possível caso fique constatado a possibilidade de ser manejada de maneira independente, desde que seja totalmente desvinculada das hipóteses em que se faça aplicável em reforço cautelar.

A Lei nº 12.403/2011 destaca o caráter subsidiário da preventiva. Compreende-se que não pode ser decretada enquanto for possível o manejo de outra medida cautelar.

No entanto, diante de condições pessoais do agente e das circunstâncias em que ocorreram o crime, a prisão preventiva pode apresentar-se como a medida necessária, proporcional e unicamente adequada para o cumprimento de finalidades acautelatórias à efetividade do processo e à ordem pública. Essa aplicação pode ocorrer em qualquer fase da persecução, independentemente de manejo prévio de outra medida cautelar que, na prática, venha a se mostrar insuficiente, pois há a possibilidade de ser decretada de ofício.

Contudo, deve-se observar os pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Além de estar vinculada a esses pressupostos a decretação autônoma da prisão preventiva deve observar os condicionamentos e limites previstos no artigo 313. Por conseguinte, não será possível a decretação da preventiva para infrações onde a pena máxima em abstrato for inferior a 04 (quatro) anos, ressalvadas as exceções que a própria legislação prevê, conforme o disposto no artigo 313, inciso II e respectivo parágrafo único.

Ao contrário, a prisão preventiva pode exercer uma função subsidiária, caso em que seja vislumbrado o acautelamento da investigação ou do processo, desde que não fique garantido por meio de outra medida cautelar.

O parágrafo 4º do artigo 282 acentua a subsidiariedade da prisão preventiva ao utilizar a expressão em último caso na decretação da preventiva. Convém ressaltar que o parágrafo único do artigo 312 utiliza a expressão "poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares", fazendo remissão ao parágrafo apontado. Nos casos em que a preventiva desempenha função subsidiária, a sua aplicação não está condicionada ao que dispõe os incisos I e II do artigo 313 do Código de Processo Penal. Aqui, independe do patamar máximo da pena abstratamente aplicada sendo esta privativa de liberdade cominada a infrações que motivam a persecução ou a condição de reincidente em crime doloso de quem está sendo

investigado ou processado.

Ao Direito também interessa a efetiva aplicação de penas restritivas de direitos, que não são menos relevantes ou imperativas que as privativas de liberdade que venham a substituir. Aliás, eis um ponto que merece redobrada atenção: em última análise, sempre haverá a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, caso venham a ser descumpridas, injustificadamente, as restrições imposta na substituição a que se proceda (Art. 44, § 4º, CP). Do mesmo modo, descumpridas as condições estabelecidas quando de sua concessão, poderá ou mesmo deverá ser revogado o *sursis* (Art. 81, II e III, e § 1º, CP), impondo-se efetivamente, então, a pena privativa de liberdade (PACELLI E COSTA, 2013, p. 111).

Diante de um ato injustificado de quem esteja sendo investigado ou processado e chega, por fim, a descumprir uma medida cautelar diversa da prisão que lhe tenha sido imposta, poderá o juiz aplicar-lhe a prisão preventiva, desde que não haja outra medida menos gravosa, adequada e proporcional, aberta a possibilidade de cumulação com outra para se alcançar a eficácia acautelatória pretendida.

## 5 PRESSUPOSTOS

A prisão preventiva está condicionada à presença dos pressupostos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Com a inclusão da Lei nº 12.403/11 no ordenamento jurídico, a necessidade da demonstração do *fumus comissi delicti*, unificado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação no delito, está inteiramente ligado ao *periculum libertatis* que nada mais é do que a busca pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal.

O *fumus comissi delicti* é pressuposto indispensável à decretação da segregação cautelar e encontra respaldo no artigo 312 do Código Processual Penal, possuindo em sua redação a expressão "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria". É extremamente necessário que o magistrado verifique se a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, antijurídica e culpável, especificando as provas constantes dos autos em que esta apoiando sua convicção. Assim, é preciso que haja indício de que seja, o acusado, o autor do crime.

No que diz respeito à materialidade, como demonstrado pela expressão "prova da existência do crime" consignado no mesmo dispositivo legal apontado anteriormente, é exigido um juízo de certeza para a decretação da prisão preventiva. A palavra "indício" é utilizada no mesmo artigo com o menor valor persuasivo<sup>8</sup>.

O *periculum libertatis* está consolidado em um dos fundamentos do artigo 312, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Através do entendimento extraído do parágrafo único do referido artigo, a preventiva também pode ser decretada caso ocorra o descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme o artigo 282, § 4º. Ainda há que se falar em decretação por ausência de identificação civil: se o indivíduo não está identificado civilmente, de acordo com a Constituição<sup>9</sup> ele será identificado criminalmente. Entretanto, se a identificação criminal não for suficiente, caberá a prisão preventiva que perdurará até a apresentação do documento ou o esclarecimento da dúvida quanto à identidade.

Para que seja decretado o aprisionamento cautelar, não é necessário a presença concomitante de todos os fundamentos.

O que ocorre normalmente é a simples menção dos fatos relacionados à autoria, pelo magistrado, juntamente com o apontamento genérico dos fundamentos da custódia cautelar.

Sintetizando, cabe ao juiz, primeiramente, verificar em qual o tipo penal está incorrendo o agente, conforme o que dispõe o artigo 313, conferindo se há o preenchimento de alguma das condicionantes de cabimento. Em um segundo momento, deverá analisar se há algum elemento que indique uma prova, sendo um mero começo ou uma prova incompleta e se há indícios de autoria, segundo os ditames do *fumus comissi delicti*. Por final, é necessário ser analisado o *periculum libertatis*, entendido como o perigo concreto oferecido à investigação criminal, processo, efetividade do direito penal ou segurança social, através da liberdade do agente.

---

<sup>8</sup> Artigo 239 do Código de Processo Penal: Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

<sup>9</sup> Artigo 5º, inciso LVIII e Lei nº 12.037/2009 - Lei de Identificação Criminal.

Apontados os pressupostos presentes no artigo 312 do Código Processual Penal, o presente estudo preocupou-se somente com a efetiva análise sobre o pressuposto Garantia da Ordem Pública.

## 5.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Dentre os fundamentos substanciais para a decretação da segregação cautelar, a Garantia da Ordem Pública é o que possui um sentido mais amplo. Isso faz com que haja relevante controvérsia na doutrina e jurisprudência quanto ao seu verdadeiro significado.

Por tal razão, na elaboração do Projeto de Lei nº 4.208/2001, que deu origem à Lei nº 12.403/11, foi proposta pela Comissão uma nova redação<sup>10</sup> do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal.

O que se buscava era tornar lúcida a expressão Ordem Pública não permitindo que fosse confundida com clamor social provocado pelo crime e muito menos a repercussão decorrente da própria mídia, diante de crimes de peculiar gravidade. No entanto, o Congresso Nacional escolheu por não alterar a redação nos termos do projeto, mantendo a possibilidade de a prisão preventiva ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública e econômica.

Não quer dizer, também, clamor público. Este pode ser revelador de uma repulsa social, indicativa de violação da ordem pública, mas pode, igualmente, significar vingança insufladora da massa ou revolta por interesses ilegítimos contrariados. É ordem pública, porém, a necessidade de resposta criminal a crimes que atentam contra o sentimento social básico de respeito ao próximo, como crimes praticados com violência desmedida, o praticado contra pessoas indefesas como crianças e idosos, os praticados com requintes de crueldade, ou aqueles que, inclusive tendo em vista o comportamento dissimulado desafiador, repulsivamente frio ou análogo, causam justa revolta social e que, por essa razão, são incompatíveis com a permanência do agente em liberdade. Caberá ao juiz distinguir as situações (FILHO, 2010, p. 262).

---

<sup>10</sup> A proposta trazia a seguinte redação: A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha praticar infrações penais relativas ao crime organizado, á proibidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Já se entendeu que a proteção do próprio acusado seria um dos motivos para que sua prisão preventiva fosse decretada. No entanto, essa posição não comportava fundamento, pois a proteção de quem esteja respondendo processo criminal ou possa vir a responder deve ser atendida com medida policial de segurança e não com o decreto de sua prisão, pois o Estado tem o dever de garantir a integridade física e mental de quem esteja respondendo a processo criminal. Segregar em razão dessa justificativa é o mesmo que desvirtuar a tutela cautelar de sua real finalidade.

A proteção de testemunhas ameaçadas ou até mesmo da própria vítima enseja a fundamentação do pressuposto da Conveniência da Instrução Criminal. No entanto, a Ordem Pública não está ligada ao interesse de um grupo indeterminado de pessoas, mas sim à segurança de bens juridicamente tutelados.

Destarte, existem 03 (três) correntes sobre o significado de Ordem Pública como fundamento para a decretação da preventiva.

Para a primeira corrente, considerada minoritária, a prisão preventiva decretada com fundamento da Ordem Pública não possui característica cautelar, pois figura como uma modalidade de cumprimento de pena antecipada. Busca-se a finalidade endoprocessual<sup>11</sup>, mas nunca a extraprocessual<sup>12</sup>. À vista disso, a preventiva acaba sendo manuseada com uma função de prevenção geral, no objetivo de contribuir para a segurança pública, e desse modo estará ocorrendo uma deturpação do verdadeiro sentido e natureza da segregação preventiva ao lhe atribuir funções de prevenção que jamais estará convocada a cumprir.

Para a segunda corrente, possuindo esta um caráter mais restritivo, a expressão Ordem Pública deve ser entendida como um risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime.

Esta corrente é considerada majoritária, pois atribui à prisão preventiva um objetivo

---

<sup>11</sup> Garantir a realização do próprio processo criminal ou de seus efeitos.

<sup>12</sup> Tutela de outros interesses, como o de prevenir a prática de novas infrações penais.

de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em razão da periculosidade do acusado ou investigado. No entanto, ao compreender a Ordem Pública como sinônimo de risco da liberdade do agente, não é possível se decretar a prisão preventiva fundamentando tão somente na gravidade do delito, pois essa gravidade, por si só, é uma circunstância inerente ao próprio crime.

Nessa segunda corrente o cunho cautelar é extremamente preservado, pois a prisão tem a finalidade de assegurar o resultado útil do processo buscando a impossibilidade do réu continuar a cometer outros crimes, conservando o princípio da prevenção geral.

A terceira corrente, com caráter ampliativo, aponta a possibilidade de se decretar a prisão preventiva com fundamento na Garantia da Ordem Pública com a finalidade de evitar que o acusado, se solto, continue a delinquir. Nesse aspecto, esta corrente está nos mesmos ditames que a segunda. No entanto, nesta corrente, a finalidade de se evitar a prática de outros crimes pelo acusado ou investigado está ligada à fundamentação de que a preventiva é necessária para acautelar o meio social, garantindo credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público.

Para os seguidores desta última corrente, a crueldade do crime provoca uma certa e diferente comoção social, gerando sensação de impunidade pela demora na prestação jurisdicional.

## **6 A MOTIVAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Apesar dos posicionamentos sobre o significado de Ordem Pública, levando em consideração todos os pressupostos, é necessário observar a fundamentação do magistrado quando decreta a prisão preventiva.

Na seara penal, em que se encontra os mais relevantes interesses, sociais e individuais, é necessário observar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, preservando o agente de sofrer um cárcere cautelar sem a devida fundamentação.

Cresce a atenção sobre a justificação das decisões, pois se é certo que todo poder busca o consenso, nada mais natural que a atribuição de maiores poderes ao juiz resulte em exigências, cada vez mais intensas, de argumentações convincentes para demonstrar que não constituem as decisões produto do arbítrio, mas de procedimentos racionais e controláveis pela sociedade (FILHO, 2013. p. 14).

A exigência de se fundamentar as decisões judiciais busca atender necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional. A motivação é um elemento que favorece a correta interpretação de ato decisório, elucidando o exato conteúdo para fins de execução da sentença ou medida cautelar. É justamente com esse objetivo que a necessidade da motivação das decisões judiciais foi implantada na Constituição Federal no artigo 93, inciso IX.

Desse dispositivo, é possível extrair o entendimento de que toda decisão judicial deve ser fundamentada, demonstrando garantia que atinge os efeitos de atos decisórios que avançam na restrição de direitos individuais.

Os atos decisórios do magistrado são manifestações do poder estatal. Diante da imprescindibilidade da motivação, esta é uma limitação ao poder do Estado, pois todo poder requer limites.

Destarte, há justificativas específicas, primeiramente por meio de determinação constitucional expressa, e conseqüentemente porque a transparência dos atos do poder público permite o controle e a fiscalização acerca da correção da respectiva atuação.

A transparência no âmbito das medidas cautelares dá-se pela motivação das decisões. Por ser inserida no ambiente jurídico do Estado de Direito, a motivação do ato decisório, enquanto expressão de poder, requer uma análise aprofundada relacionada ao contexto e circunstâncias fáticas que se faça aplicável o Direito, em dinâmica na qual o saber do ato limita e veicula o poder de realizá-lo.

Toda decisão judicial que se encontra imotivada ou com motivação inidônea relacionada à finalidade que se busca, será sempre um risco. Pois bem, se a decisão não está revestida de racionalidade, o exercício do poder será convertido em violência.

É certo que toda organização e estrutura de poder dotada de capacidade de coerção pela força sempre traz consigo um risco de desvios de funções e de propósitos. Diríamos até, e, com a licença dos anarquistas, que não há Estado sem essa estrutura mínima (PACELLI E COSTA, 2013, p. 90).

É necessário perceber a essência da motivação do ato decisório pelo qual se decreta a preventiva, pois quando um acusado está diante da privação de sua liberdade, o decreto deve obedecer certas limitações, mesmo porque há uma antecipação de efeitos que são características de uma condenação transitada em julgado.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Mesmo diante de inúmeros estudos, verificou-se que recentes alterações deixam muito a desejar. A busca não pelo melhor significado do que vem a ser *Ordem Pública* mas sim pelo correto ainda não é sinônimo de aplicação de direitos e garantias fundamentais se observada isoladamente.

Percebe-se que a ausência de fundamentação de uma decisão que implique em cárcere do acusado ou investigado será tomada como uma decisão arbitrária. Essa arbitrariedade não somente poderá, como também deverá ser levantada e discutida, pois a essencialidade de motivação pelo Estado-juiz se constata pela importância dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais.

O Estado Democrático de Direito não permite esse tipo de capricho, pois conforme apontado há disposição expressa dessa primordialidade na Carta Maior.

Como evidenciado, o processo, em termos de sistematização para o exercício do poder, constitui uma garantia política e requer uma atuação estatal, sendo judicial, administrativa ou legislativa. A participação de todos os interessados na discussão de alternativas assegura a correta aplicação de uma medida cautelar e o acolhimento social da solução que ao final é encontrada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de Dezembro de 1940. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Senado, 1988. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

FILHO, A. M. G. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, R. B. **Nova Prisão Cautelar**. 3ª Ed. *Jus Podivm*, 2014.

NUCCI, G. S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, E.; COSTA, D. B. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Ed. Malheiros, 2008.