

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

HAMILTON NETO FUNCHAL

**Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos  
construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva**

Ribeirão Preto

2018



HAMILTON NETO FUNCHAL

**Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos  
construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Versão Corrigida. A original encontra-se disponível na FDRP/USP.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri

Ribeirão Preto

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e  
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo autor

F979f	<p>Funchal, Hamilton Neto Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva / Hamilton Neto Funchal; orientador Sergio Nojiri. -- Ribeirão Preto, 2018. 149 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.</p> <p>1. DECISAO JUDICIAL. 2. PRISAO PREVENTIVA. 3. REALISMO JURIDICO. 4. FATORES EXTRAJURIDICOS. 5. CONSTRUCIONISMO SOCIAL. I. Nojiri, Sergio, orient. II. Título</p>
-------	--

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: FUNCHAL, Hamilton Neto

Título: Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



*À minha mãe Terezinha e à minha esposa Tássia,  
meus amores na vida.*

*Aos “sem nomes” que eu defendo diariamente e que  
sonham com a liberdade.*



## AGRADECIMENTOS

Algumas pessoas foram especialmente importantes, tanto para o resultado da dissertação como durante as etapas do mestrado que transcorremos antes dela. Aqui registro meus agradecimentos sinceros a elas.

Ao professor e orientador Sergio Nojiri, pela receptiva acolhida após o ingresso no mestrado, pela paciência e entusiasmo no direcionamento da pesquisa, por me apresentar um novo universo de saberes que mudaram e ampliaram minhas concepções sobre o Direito e pela amizade construída ao longo desses dois anos.

De maneira intensa agradeço à minha esposa Tássia Martins. Seu apoio e auxílio foram constantes. Conhecendo minha grande vontade de cursar o mestrado, foi incentivadora na fase de preparação para o ingresso. Por cursar o doutorado no mesmo *campus*, foi uma solidária e agradável companheira no tempo em que cursei as disciplinas. Pela maior prática de pesquisa na área da saúde, colaborou com discussões e ideias interdisciplinares que refletiram na dissertação. E principalmente na etapa derradeira, quando ainda faltava muito trabalho a ser feito e o tempo para finalização era curto, procurou me ajudar de todas as formas que estavam ao seu alcance. Minha eterna gratidão!

Aos professores Carla Guanaes-Lorenzi (FFCLRP) e Nuno Morgadinho (FDPR) pelas sugestões e comentários valiosos no exame de qualificação.

À minha mãe, Terezinha Neto, professora e pedagoga, principalmente pelas contribuições quando cursei a disciplina de preparação pedagógica e pela disponibilidade em ler e revisar a redação do trabalho.

À Vania Prudêncio, do Serviço de Pós-graduação da FDRP, pela presteza e contínua vontade de ajudar.

Aos amigos Rafael Bessa e Joyce Oliveira, parceiros de lutas na Defensoria Pública e de estudos, desde a preparação para ingresso no mestrado.

Ao Igor Assagra, colega de mestrado e orientando anterior do professor Nojiri, pelas conversas, observações e sugestões que foram importantes para mim.

Por fim, ao amigo Gustavo Samuel, que durante o meu tempo de atuação na unidade da Defensoria Pública em Barretos, esteve sempre disposto a trocar audiências e outras atividades institucionais, possibilitando que eu cumprisse os créditos do mestrado.



*“Los nadies: los hijos de nadie, los dueños de nada.  
Los nadies: los ningunos, los ninguneados,  
corriendo la liebre, muriendo la vida, jodidos,  
rejodidos:  
Que no son, aunque sean.  
Que no hablan idiomas, sino dialectos.  
Que no profesan religiones, sino supersticiones.  
Que no hacen arte, sino artesanía.  
Que no practican cultura, sino folklore.  
Que no son seres humanos, sino recursos humanos.  
Que no tienen cara, sino brazos.  
Que no tienen nombre, sino número.  
Que no figuran en la historia universal, sino en la  
crónica roja de la prensa local.  
Los nadies, que cuestan menos que la bala que los  
mata.”*

Eduardo Galeano



## RESUMO

FUNCHAL, Hamilton Neto. **Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva.** 2018. 149 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

No ano de 2016, o Brasil passou a ser o terceiro país com maior população carcerária do mundo. Levantamentos recentes indicam que o sistema de justiça tende a banalizar o uso da prisão cautelar (40% dos presos brasileiros são provisórios), em dissonância à legislação processual penal que traz a prisão preventiva como medida excepcional, assegurando a liberdade como regra até a decisão condenatória definitiva. O estudo dessa questão paradoxal é de interesse da comunidade jurídica por investigar se a tomada da decisão não está associada apenas ao conteúdo das regras jurídicas, mas a fatores extrajurídicos, desafiando as clássicas teorias da argumentação racional sobre a decisão judicial. Também de todo cidadão, potencial vítima de arbitrariedades no direito de liberdade, e da sociedade brasileira, já que o encarceramento em massa resulta em rebeliões, mortes, aumento da violência e canalização de recursos públicos de áreas produtivas para a contenção de pessoas. São os seguintes os problemas da pesquisa: 1) Para os magistrados, os sentidos da prisão preventiva e as razões de sua decretação são mais amplos do que os limites previstos na lei? 2) Em caso afirmativo, quais os sentidos construídos por eles e quais são os fatores considerados ou de influência para as decisões? Analisamos a questão a partir de premissas do realismo jurídico norte-americano, enquanto teoria descritiva da decisão judicial, para a qual o direito não é o único nem o principal elemento determinante das decisões. Objetivamos verificar quais são os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva e identificar como fatores extrajurídicos influenciam as decisões sobre ela. A investigação foi realizada coletando-se dados por meio de entrevistas semiestruturadas, a partir de amostra formada com dez participantes voluntários (juízes federais e estaduais). Procedemos à análise qualitativa, a partir da metodologia da produção de sentidos, na epistemologia do Construcionismo Social, oriundo da Psicologia Social. Os resultados encontrados indicam que os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva coincidem em parte, mas são mais amplos do que os conteúdos da legislação. Também revelam alguns fatores extrajurídicos de influência sobre as decisões de prisões cautelares. E demonstram como regras legais podem ser desconsideradas nas decisões quando elas não estiverem em consonância com as concepções individuais que os juízes constroem como solução justa ou correta. Concluímos, que de acordo com esta pesquisa, estão corretas as premissas do realismo jurídico: as regras legais têm influência, mas não exclusiva e nem necessariamente determinante, sobre as decisões. Para se compreender a extensão dos fatores extrajurídicos sobre as decisões judiciais é preciso prosseguir nas pesquisas empíricas interdisciplinares, que busquem compreender o fenômeno jurídico sob a perspectiva e com o instrumental de outros ramos do saber, já que estudos convencionais herméticos e meramente dogmáticos não conseguem revelar todos os seus aspectos, nem permitem conhecer o funcionamento operacional efetivo do sistema de justiça criminal.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Prisão preventiva. Realismo jurídico. Fatores extrajurídicos. Construcionismo social.



## ABSTRACT

FUNCHAL, Hamilton Neto. **Extralegal factors that influence judicial decision-making and the judges' constructed meanings about pretrial detention.** 2018. 149 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

Since 2016 Brazil has the third higher prison population in the world. Recent surveys indicate that the justice system tends to overuse pretrial detention (40% of Brazilian prisoners are pretrial detainees), in dissonance with the criminal procedural law that regulate preventive custody as exceptional measure, ensuring freedom to defendants as a rule until definitive conviction. The study of this paradoxical situation concerns to the law community once it investigates if the decision making is not only related to the content of the legal rules but also to extralegal factors, challenging the classic theories of rational argumentation about the judicial decision making. The inquiry matters to all citizens, potential victims of arbitrary imprisonment, and to the Brazilian society, since mass incarceration results in rebellions, deaths, increase of violence and channeling of public resources of productive areas for the containment of people. The research problems are as follows: 1) Are the meanings of pretrial detention for judges and the reasons for their enactment broader than the limits established by law? 2) If so, what are the meanings constructed by them and what are the factors considered or influencing decisions? We analyze the question from the premises of American legal realism as a descriptive theory of judicial decision, for which legal rules are not the only nor the main determinants of decisions. The purpose of the study was to verify which are the meanings constructed by the judges about the preventive custody and to identify extralegal factors influences at the decisions. Data was collected through semi-structured interviews, based on a sample of ten volunteer participants (federal and state judges). We proceed to the qualitative analysis, utilizing the production of meanings methodology, in the epistemology of Social Constructionism, from Social Psychology. The results indicate that the judges' meanings about pretrial detention coincides in part, but they are broader than the contents of the legal rules. They also reveal some extralegal factors of influence on the decisions. And they demonstrate how legal rules can be disregarded in decisions when they are not in line with the individual conceptions that the judges construct as a just or right solution. We conclude that, according to this research, the premises of legal realism are correct: legal rules have influence, but not exclusively and not necessarily decisive, on decisions. In order to understand the extent of extralegal factors over judicial decisions, it is necessary to continue with interdisciplinary empirical research that seeks to understand the legal phenomenon from the perspective and with the instruments of other branches of knowledge, since hermetic, merely dogmatic studies cannot reveal aspects of how the criminal justice system functions.

**Keywords:** Judicial decision. Pretrial detention. Legal Realism. Extralegal factors. Social constructionism.



## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016 .....	26
Gráfico 2 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime.....	27
Gráfico 3 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016 (por grupo de 100 mil habitantes) .....	28
Gráfico 4 - Ideias relacionadas à preservação da ordem pública .....	79
Gráfico 5 - Sentidos construídos acerca das finalidades da prisão preventiva.....	79
Gráfico 6 - Como os juízes avaliam o atual cenário dos presos provisórios e das decretações de prisões preventivas pelo Judiciário.....	89
Gráfico 7 - O que os juízes pensam sobre a influência do local de atuação sobre as decisões de prisões preventivas .....	98
Gráfico 8 - As opiniões sobre a relação entre pena em perspectiva e a prisão preventiva.....	102
Gráfico 9 - para os entrevistados há maior chance de ser decretada a prisão preventiva para pessoas anteriormente processadas ou investigadas? .....	105
Gráfico 10 - como os entrevistados entendem a relação entre presunção de inocência e prisão preventiva .....	108
Gráfico 11 - como os participantes apresentam a possibilidade das decisões judiciais poderem ser influenciadas por pressões externas .....	113
Gráfico 12 - para os participantes, há crimes que por sua considerada gravidade ensejam aprioristicamente a decretação de prisão preventiva? .....	116



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>2 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E DOS OBJETIVOS DA PESQUISA .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 A prisão preventiva no sistema legal brasileiro - as limitações legais à decretação da prisão preventiva .....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 O uso excessivo das prisões preventivas no Brasil .....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 Delimitação do problema.....</b>	<b>29</b>
<b>2.4 Exposição dos objetivos da pesquisa .....</b>	<b>29</b>
<b>3 QUESTÕES METODOLÓGICAS .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Tipos de pesquisa .....</b>	<b>31</b>
<b>3.2 Composição da amostra – busca de participantes .....</b>	<b>32</b>
<b>3.3 Coleta de dados.....</b>	<b>34</b>
<b>3.4 Análise dos dados .....</b>	<b>36</b>
<b>4 A PRODUÇÃO DE SENTIDOS NA EPISTEMOLOGIA DO CONSTRUCIONISMO SOCIAL.....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 Contextualização do método: a pós-modernidade .....</b>	<b>37</b>
<i>4.1.1 A ciência da modernidade: a concepção positivista .....</i>	<i>37</i>
<i>4.1.2 Perspectiva crítica da ciência na pós-modernidade .....</i>	<i>38</i>
<b>4.2 Epistemologia do método: o discurso do construcionismo social .....</b>	<b>41</b>
<i>4.2.1 Pressupostos epistemológicos do construcionismo social para Kenneth Gergen.....</i>	<i>41</i>
4.2.1.1 “Os termos por meio dos quais explicamos o mundo e a nós mesmos não são ditados pelos objetos estipulados por esses relatos.” .....	42
4.2.1.2 “Os termos e as formas por meio das quais alcançamos o entendimento do mundo e de nós mesmos são artefatos <b>sociais</b> , produtos de trocas <b>históricas</b> e <b>culturalmente</b> situadas <b>entre as pessoas.</b> ” .....	42

4.2.1.3 “O grau em que uma dada explicação do mundo ou do eu é sustentada no tempo não é dependente de sua validade objetiva, mas das vicissitudes do processo social.”.....	43
4.2.1.4 “A linguagem deriva seu sentido dos encontros humanos a partir da maneira que funciona dentro dos padrões de relacionamento.”.....	43
4.2.1.5 “Avaliar as formas de discurso existente é avaliar padrões da vida cultural.”.....	43
4.2.2 <i>Outras marcas importantes do construcionismo</i> .....	44
4.2.3 <i>Utilização do construcionismo social na pesquisa em direito</i> .....	46
<b>4.3 Produção de sentidos</b> .....	<b>47</b>

## **5 O REALISMO E O NOVO REALISMO JURÍDICO – PREMISSAS PARA A ANÁLISE DE DADOS DA PESQUISA EMPÍRICA**..... 49

### **5.1 Apresentação: das teorias normativas às teorias descritivas da decisão judicial**..... 49

5.1.1 <i>Teorias normativas</i> .....	49
5.1.2 <i>Teorias descritivas: uma perspectiva realista</i> .....	50
5.1.3 <i>Sobre a carência de abordagens descritivas na academia e na teoria do direito</i> .....	50

### **5.2 Realismo Jurídico Norte-Americano** ..... 53

5.2.1 <i>Duas vertentes do realismo</i> .....	56
5.2.2 <i>A paradoxal falta de comprovação empírica dos argumentos e críticas dos realistas</i> .....	57

### **5.3 Rumo ao Novo Realismo Jurídico**..... 58

5.3.1 <i>“Critical Legal Studies – CLS”</i> .....	58
5.3.2 <i>A indeterminação – uma discussão sobre as intersecções e possíveis divergências de premissas do realismo jurídico e do construcionismo social – o direito e a psicologia social – revisão bibliográfica</i> .....	59
5.3.3 <i>Novo realismo jurídico</i> .....	62

<b>5.4 Algumas pesquisas empíricas recentes e de matriz realista sobre a tomada de decisão (judicial) .....</b>	<b>64</b>
<b>5.5 Síntese dos principais paradigmas realistas úteis para a análise dos dados coletados na pesquisa empírica.....</b>	<b>67</b>
<b>6 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS – APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS.</b>	<b>69</b>
<b>6.1 Etapas do procedimento – categorização, inferência e interpretação.....</b>	<b>69</b>
<b>6.2 Resultados e inferências a partir das categorias analíticas – sentidos sobre a prisão preventiva.....</b>	<b>70</b>
<i>6.2.1 Os propósitos e as finalidades da prisão preventiva .....</i>	<i>71</i>
6.2.1.1 Síntese dos resultados da categoria de análise.....	77
<i>6.2.2 Como os juízes enxergam a utilização da prisão preventiva pelo Judiciário .....</i>	<i>79</i>
6.2.2.1 Síntese dos resultados da categoria de análise.....	88
<i>6.2.3 Os fatores e circunstâncias considerados para decretação ou manutenção da prisão preventiva.....</i>	<i>89</i>
6.2.3.1 Fatores de influência relacionados (direta ou indiretamente) com as regras legais.....	94
6.2.3.1.1 O local de atuação do juiz .....	94
6.2.3.1.2 A pena em perspectiva .....	99
6.2.3.1.3 Os antecedentes.....	102
6.2.3.1.4 A presunção de inocência .....	105
6.2.3.2 Fatores de influência sem correlação normativa.....	109
6.2.3.2.1 As pressões que recaem sobre os magistrados.....	109
6.2.3.2.2 A prisão preventiva aprioristicamente para determinados crimes	113
6.2.3.2.3 As posições ideológicas acerca das gravidades das condutas e as concepções sobre a (des)criminalização das drogas .....	117
6.2.3.3 Síntese dos resultados da categoria de análise.....	118

**7 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS – INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO – OS SENTIDOS DAS PRISÕES PREVENTIVAS PARA OS MAGISTRADOS E FATORES RELEVANTES NAS SUAS DECISÕES ..... 121**

**7.1 Interpretação dos resultados - cotejo entre os sentidos produzidos pelos juízes acerca da prisão preventiva e as regras legais ..... 121**

*7.1.1 Considerações introdutórias..... 121*

*7.1.2 Atribuição de significados para os sentidos construídos acerca da prisão preventiva ..... 122*

*7.1.2.1 As regras jurídicas como balizas importantes para a decretação da prisão preventiva..... 124*

*7.1.2.2 Algumas regras são mais importantes do que outras ..... 124*

*7.1.2.3 As regras jurídicas sobre a prisão preventiva não têm os mesmos conteúdos para todos os juízes ..... 125*

*7.1.2.4 As regras legais não são as únicas circunstâncias relevantes..... 127*

*7.1.2.5 As regras jurídicas podem ser desconsideradas na tomada de decisões judiciais ..... 128*

**7.2 Discussão – a interpretação dos resultados a partir do referencial teórico e de outros estudos realistas ..... 131**

**8 CONCLUSÃO ..... 135**

**REFERÊNCIAS ..... 139**

**APÊNDICES..... 145**

APÊNDICE A – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) assinado pelos participantes e pesquisador ..... 145

APÊNDICE B – Proposta de roteiro para entrevista semiestruturada a ser realizada com juízes federais e estaduais de São Paulo..... 147

APÊNDICE C – Íntegra das transcrições das entrevistas ..... 149



## 1 INTRODUÇÃO

No ano de 2016, o Brasil passou a ser o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, com 726.712 presos. Essa notícia, por si só, já é alarmante.

Dentro deste contexto ainda existe um outro dado problemático: aproximadamente 40% (quarenta por cento) dessa população carcerária, mais especificamente, 292.450, são pessoas que estão privadas da liberdade sem terem sido julgadas sequer em primeira instância.

Aliás, o percentual de presos provisórios é inclusive maior do que o de pessoas cumprindo pena em regime fechado (38%).

Esses dados decorrem de um crescimento exponencial constante da população prisional brasileira no século XXI. Para se ter dimensão deste aumento, no ano 2000 o número total de presos era de 232.755 pessoas, sendo 80.755 provisórios.

Além disso, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA revelou, por amostragem de processos arquivados em 2011, que 37% dos presos provisórios não foram condenados a pena privativa de liberdade ao final de seus processos, ou porque absolvidos ou porque condenados a penas alternativas. Durante o processo, em situação apenas cautelar e provisória, as pessoas permaneceram em situação muito mais grave e penosa do que após a cognição exauriente (sentença), podendo-se inferir uma situação desproporcional de privação de liberdade.

De outro lado, as regras legais sobre a prisão preventiva no sistema jurídico brasileiro são bastante restritivas. O Código de Processo Penal está estruturado sob a lógica de que a prisão cautelar é excepcional e que, a princípio, as pessoas processadas, que são presumidamente inocentes (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal), devem responder aos processos em liberdade.

As regras estruturadas de maneira sistemática nos artigos 282, § 6º, 310, inciso II, 312, 313 e 314, estabelecem vários filtros limitadores da prisão preventiva. De acordo com a lei, apenas em hipóteses muito específicas, que afetem concreta e substancialmente a ordem normal das coisas, e apenas quando não existirem outras medidas cautelares suficientes para restabelecimento ou manutenção dessa ordem é que uma prisão preventiva poderia ser decretada.

Portanto, aparentemente temos um paradoxo entre a previsão legal restritiva e excepcional da prisão preventiva e sua aplicação em larga escala, de maneira corriqueira, na prática. Esse paradoxo é o contexto que justificou a realização desta pesquisa.

Passamos a refletir sobre esse paradoxo tomando como marco teórico o realismo jurídico norte-americano, enquanto teoria descritiva da decisão judicial, que traz como núcleo a afirmação de que o direito não é o único nem o principal fator determinante das decisões judiciais.

A partir das premissas do realismo formulamos a hipótese que para os juízes, seja consciente ou inconscientemente, os sentidos, cabimentos e razões que motivam suas decisões de decretação da prisão preventiva podem ser distintos e mais amplos do que aqueles previstos na lei. Outra hipótese estabelecida foi a de que os juízes estão sujeitos a fatores extrajurídicos na tomada dessas decisões sobre prisão preventiva.

Realizamos consultas em diversas bases de dados e periódicos científicos. Verificamos que não têm sido estudados a contento, pela comunidade acadêmica, quais são os efetivos e principais elementos ou fatores determinantes dessas decisões, nem como os juízes constroem os sentidos sobre a prisão preventiva. Por isso a importância de estudos sobre o tema, buscando uma melhor compreensão sobre as razões que levam ao expressivo número de presos provisórios no país.

Estudos com esses propósitos são de interesse da comunidade jurídica por investigar se a tomada da decisão não está associada apenas ao conteúdo das regras jurídicas, mas a fatores extrajurídicos, desafiando as clássicas teorias da argumentação racional que fundamentam com predominância as explicações sobre a decisão judicial. Mas também devem interessar a todo cidadão, potencial vítima de arbitrariedades no direito de liberdade. E, por fim, tem interesse para a sociedade brasileira, já que o encarceramento em massa resulta em rebeliões, mortes, aumento da violência e canalização de recursos públicos de outras áreas produtivas para a contenção de pessoas.

Diante dos fatos apresentados, das hipóteses construídas a partir das premissas do referencial teórico e da lacuna nas pesquisas acadêmicas sobre essas questões, passamos a realizar a investigação com o objetivo de responder a duas perguntas centrais: 1) Para os magistrados, os sentidos da prisão preventiva e as razões de sua decretação são mais amplos do que os limites previstos na lei? 2) Em caso afirmativo, quais os sentidos construídos por eles e quais são os fatores considerados ou de influência para as decisões?

## 2 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E DOS OBJETIVOS DA PESQUISA

### 2.1 A prisão preventiva no sistema legal brasileiro - as limitações legais à decretação da prisão preventiva

Este trabalho não tem como foco uma abordagem dogmática ou um aprofundamento estritamente teórico sobre a prisão preventiva do ponto de vista da Ciência Processual Penal. O interesse da pesquisa tem um caráter mais sociológico ou sociojurídico, a aplicação empírica deste instituto jurídico. Nossa busca envolve as questões relacionadas à aplicação concreta destas prisões preventivas e o universo que circunda o processo de tomada das decisões judiciais sobre elas.

Por essa razão não será feita uma revisão doutrinária específica sobre a prisão preventiva, tal como comentada nos livros e artigos de Processo Penal, mas apenas uma apresentação daquilo que deveria ser o ponto de partida para a decisão judicial: a norma jurídica; as regras legais e vigentes no Brasil sobre a prisão preventiva.

O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) adota a lógica de que até a decisão final condenatória a prisão cautelar é exceção, sendo a regra a liberdade. Desta forma, traz uma disciplina bastante restritiva ao cabimento da prisão preventiva.

É preciso que sejam preenchidas ou suplantadas várias camadas de restrições, ou seja, de situações que configuram as hipóteses legais para decretação da prisão.

No seu artigo 312, *caput*, o Código<sup>1</sup> estabelece um primeiro filtro, no sentido de que a prisão preventiva só pode ser decretada por quatro fundamentos:

- a) garantia da ordem pública;
- b) garantia da ordem econômica;
- c) conveniência da instrução criminal; ou
- d) para assegurar a aplicação da lei penal.

Ao final, o dispositivo ainda prevê uma segunda restrição: mesmo quando presentes um daqueles quatro fundamentos, ela só será decretada se houver prova da existência de um crime e indício suficiente de que a pessoa a ser presa seja autora desse crime.

O parágrafo único do artigo 312<sup>2</sup> também prevê o cabimento da prisão preventiva em

---

<sup>1</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.

<sup>2</sup> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

casos de descumprimento de outras medidas cautelares. Mas esclarecemos que essa situação está de fora do escopo deste trabalho. Nos concentraremos na decisão que decreta originariamente a prisão preventiva, sem prévia fixação e descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

Voltando à restrição imposta pela lei à privação cautelar da liberdade, em complemento ao *caput* do artigo 312, o artigo 313 do Código de Processo Penal – CPP<sup>3</sup> prevê ainda um terceiro grupo de restrições: além da prisão preventiva só poder ser decretada por um dos quatro fundamentos legais, e apenas se provada a existência de crime e havendo indícios de autoria, ela só poderá ser decretada numa das seguintes hipóteses: I) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II) se a pessoa a ser presa já tiver sido condenada por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, e não tiver ainda decorrido o período depurador de 5 (cinco) anos que afasta a consideração da reincidência; III) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, acaso necessário para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; ou IV) se for necessária a prisão para identificação civil do preso quando ele não esclarecê-la (mas nesse caso ele será colocado em liberdade quando feita a identificação).

Um quarto filtro limitador da prisão preventiva é estabelecido pelo artigo 314 do CPP<sup>4</sup>: só será cabível a prisão se, além de todos os requisitos antes mencionados, não restar verificado pelo juiz que a pessoa teria praticado a conduta nos casos em que o Código Penal prevê como de exclusão de ilicitude, a saber, I) estado de necessidade; II) legítima defesa; III) estrito cumprimento de dever legal; ou IV) exercício regular de direito.

Mas não é tudo. Uma quinta restrição é estabelecida pelos artigos 282, § 6º<sup>5</sup> e 310, II,<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

<sup>4</sup> Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

<sup>5</sup> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

<sup>6</sup> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [...]

do CPP: uma prisão em flagrante só poderá ser convertida em preventiva se, além de preenchidos os requisitos já mencionados, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, se a prisão não puder ser substituída por uma dessas outras cautelares. E o artigo 319 do CPP<sup>7</sup> traz um rol extenso de nove medidas cautelares alternativas à prisão. Apenas se nenhuma delas for adequada ou suficiente ao caso é que poderá então ser transposto o quinto filtro limitador das prisões preventivas.

## 2.2 O uso excessivo das prisões preventivas no Brasil

Com tantas limitações legais à prisão preventiva, com a necessidade de se superar tantos filtros, era de se esperar que fossem raros os casos de sua decretação. Mas não é isso que se verifica no sistema carcerário brasileiro.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA revelou, por amostragem de processos arquivados em 2011, que 37% dos presos provisórios não receberam condenação a pena privativa de liberdade ao final de seus processos, ou porque absolvidos ou porque condenados a penas alternativas (IPEA, 2015, p. 38).

Ressaltamos que esse dado não revela ainda o percentual de presos provisórios que ao final foram condenados a privação de liberdade em regime semiaberto ou aberto, que são ambos menos gravosos do que a prisão provisória, análoga ao regime fechado.

Ou seja, durante o processo, numa situação apenas cautelar e provisória, várias pessoas permaneceram em situação muito mais grave do que após a cognição exauriente do processo

---

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; [...].

<sup>7</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

(sentença), podendo-se inferir uma situação desproporcional de privação de liberdade provisória.

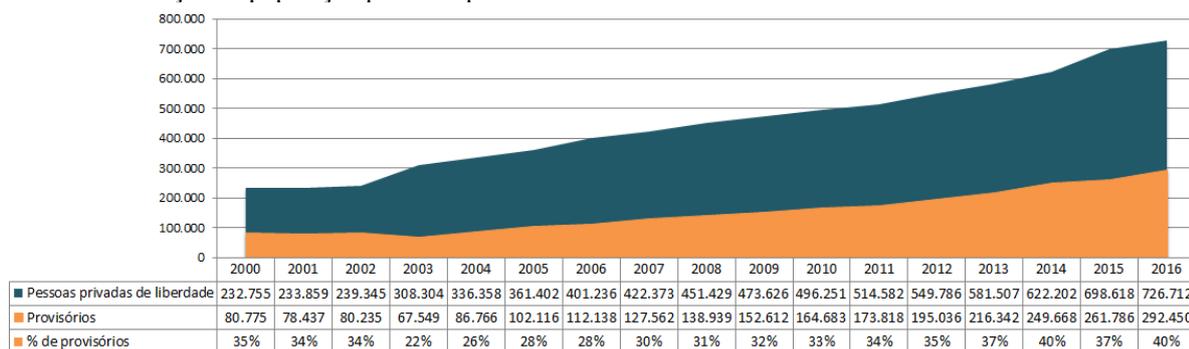
Outro levantamento (Infopen), feito pelo Departamento Penitenciário Nacional – Depen, vinculado ao Ministério da Justiça, retrata que em dezembro de 2014 a população carcerária brasileira (então a quarta maior do mundo) era de 622.202 pessoas, das quais 249.668 eram presos provisórios. (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2016, p. 22).

Já em junho de 2016 esses números ficaram ainda maiores, conforme revela estudo realizado nos mesmos moldes (Infopen). A população carcerária passou a ser a terceira maior do mundo, com 726.712 presos, dos quais 292.450 eram de presos provisórios (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2017, p. 7–8).

Ou seja, os dois últimos levantamentos da população carcerária no país indicam, de maneira semelhante, que 40% (quarenta por cento) dos presos no Brasil são provisórios.

Ainda mais significativo é o aumento do número de presos provisórios no país em um período curto e recente. Conforme indicado no gráfico abaixo, esse número saltou de 80.775 presos provisórios em dezembro de 2000 para os atuais 292.450 em junho de 2016, acompanhando o também exponencial aumento no número total de pessoas encarceradas no mesmo período: de 232.755 para 726.712 presos.

Gráfico 1 - Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016



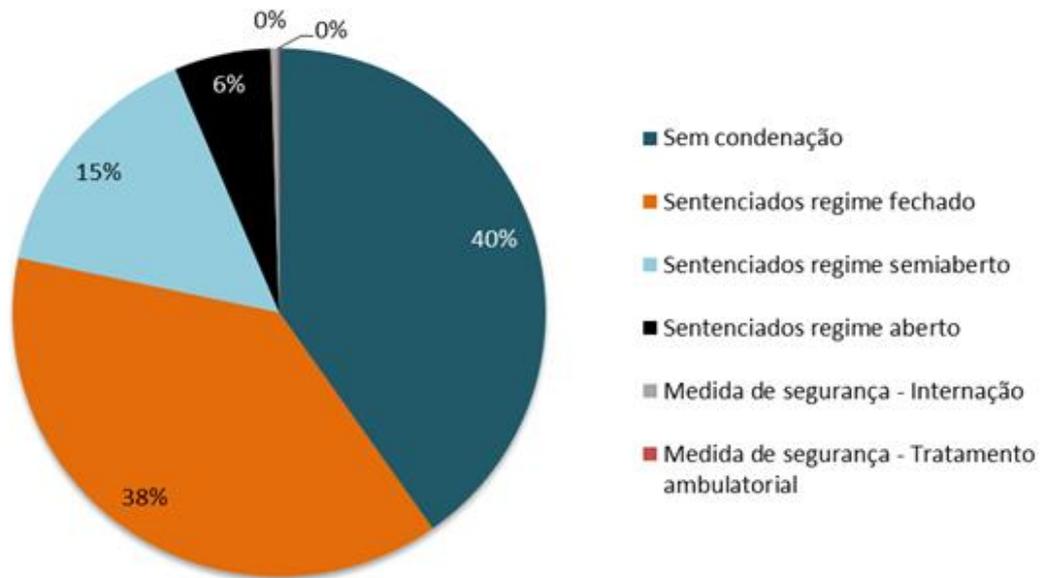
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (2017, p. 14).

Esse patamar de 40% (quarenta por cento) de presos provisórios (sem condenação) deve ser visto como problemático na medida em que se aproxima de metade de toda a população carcerária. Tal situação está a indicar que a prisão provisória não está acontecendo de maneira excepcional, como dispõem os princípios e regras jurídicos relacionados a ela, mas praticamente de maneira tão corriqueira como a prisão decorrente de condenação (mesmo

aquela ainda não transitada em julgado).

Aliás, a quantidade proporcional de presos provisórios (40% da população carcerária) se mostra ainda mais elevada quando comparada com o número de pessoas presas em regime fechado, em decorrência de condenações, a saber, 38% (trinta por cento) de toda a população presa, conforme indica o gráfico 2, representativo da distribuição dos presos conforme a natureza e regime prisional:

Gráfico 2 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime

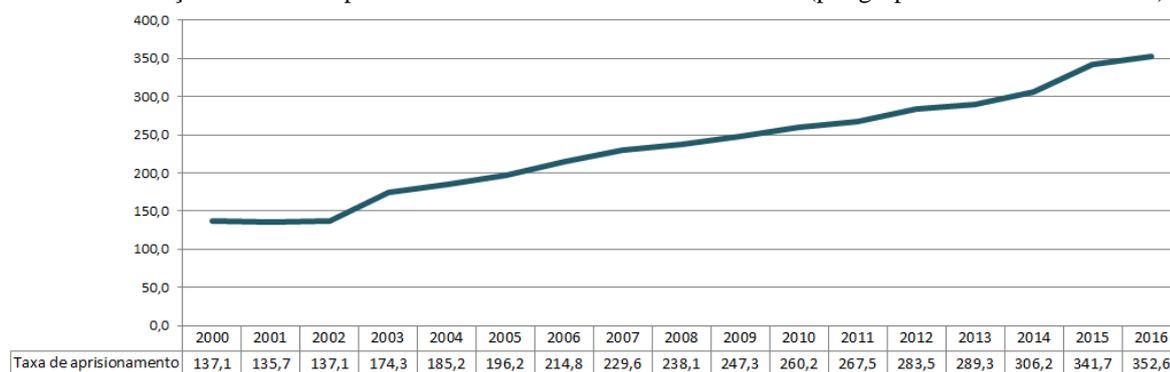


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (2017, p. 13).

Ou seja, considerando que a prisão preventiva é cumprida em regime análogo ao fechado, temos mais presos sem condenações nesta realidade do que presos já condenados. E tal situação reforça a conclusão de inversão empírica na lógica legal da excepcionalidade da prisão preventiva.

Isso tudo ocorre em um contexto em que o aumento da população prisional é exponencial se comparado ao aumento da população brasileira em geral. As taxas proporcionais de encarceramento, no ano 2000, eram de 137 pessoas privadas de liberdade para cada 100 mil habitantes. Em 2016, para cada grupo de 100 mil habitantes passou a haver 352,6 presos. E esse aumento foi contínuo em todo período, sem qualquer indicativo de reversão deste quadro alarmante, conforme é representado no gráfico 3:

Gráfico 3 - Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016 (por grupo de 100 mil habitantes)



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (2017, p. 12).

Em resumo, os resultados dessas pesquisas quantitativas que mencionamos indicam que há uma utilização muito recorrente da prisão preventiva pelo sistema de justiça criminal brasileiro.

Mais direta é a conclusão de uma dessas pesquisas: “o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país” (IPEA, 2015, p. 38).

E a banalização da prisão preventiva repercute em sérios problemas sociais.

Os problemas imediatos concernem aos efeitos deletérios de uma prisão indevida na vida do preso – lembrando que em média 37% dos presos provisórios não são condenados à privação de liberdade quando sentenciados, restando indevidamente privados da liberdade de forma excessiva.

Inicialmente, temos que a privação desproporcional da liberdade já é, por si só, uma ofensa ao direito fundamental da pessoa. A prisão retira o preso da convivência comunitária, da família, dos amigos, do trabalho e do estudo. Além disso, no cárcere o preso está sujeito à violação de sua integridade física, moral e psicológica de maneira potencializada.

Mas os problemas de uma prisão preventiva indevida também refletem em toda a sociedade, na medida em que é bastante alto o custo de manutenção de alguém no cárcere. Se não bastasse esse custo, que drena recursos públicos que poderiam ser utilizados em áreas construtivas do desenvolvimento – como saúde, educação, assistência social e previdência – as prisões provisórias indevidas contribuem para a superlotação carcerária, que por sua vez é fator correlacionado às rebeliões e chacinas que privam a vida de pessoas. Destas tragédias temos como alguns exemplos, todos de janeiro de 2017, os casos da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista/RR, com 33 mortos; do Complexo Penitenciário Anísio Jobim, de

Manaus/AM, com 59 mortos; e da Penitenciária de Alcaçuz, em Nísia Floresta/RN, com 26 mortos (CARAZZAI, 2017).

### **2.3 Delimitação do problema**

Este intuitivo paradoxo – de um lado uma previsão legal restritiva quanto aos fundamentos e situações que ensejam a prisão preventiva, e por outro os índices que indicam uma utilização alta e corriqueira dela – suscita a hipótese que buscamos testar com essa pesquisa: a que para os juízes brasileiros, seja consciente ou inconscientemente, os sentidos, cabimentos e razões que motivam suas decisões de decretação da prisão preventiva podem ser distintos e mais amplos do que aqueles previstos na lei.

Também foi levantada a hipótese de que os juízes estão sujeitos a fatores extrajurídicos na tomada dessas decisões, como suas personalidades e pressão dos órgãos superiores da magistratura ou da comunidade em que inseridos.

Sustentamos a hipótese a partir de premissas do realismo jurídico, notadamente sua vertente norte-americana, corrente do pensamento jurídico que traz como núcleo a afirmação de que o direito não é o único fator considerado numa decisão judicial. Mais especificamente, a pesquisa proposta guarda proximidade com o novo realismo jurídico.

Há capítulo próprio no trabalho para exposição destes referenciais teóricos.

De qualquer forma, o contexto paradoxal apresentado nas seções precedentes deste capítulo leva ao problema apresentado sob a forma do seguinte questionamento: para os magistrados, os sentidos da prisão preventiva e as razões de sua decretação são mais amplos do que os limites previstos na lei? Se sim, quais os sentidos construídos por eles e quais são os fatores considerados ou de influência para as decisões?

### **2.4 Exposição dos objetivos da pesquisa**

A partir do problema exposto, traçamos e delimitamos os objetivos desta pesquisa.

Como objetivo geral tivemos a intenção de verificar se havia divergência entre o sentido legal (as situações que a lei admite como passíveis de prisão preventiva) e os sentidos conferidos à prisão preventiva pelos juízes, bem como se havia um rol mais amplo de situações que eles admitiam para a decretação da prisão provisória. Pretendemos pautar essa verificação em um recorte específico, tomando como marco teórico o construcionismo social e partindo de premissas do realismo jurídico, notadamente a vertente norte-americana.

A pertinência dessa busca interdisciplinar – a partir tanto do construcionismo social como do realismo jurídico – se justifica na medida em que o construcionismo traz consigo o método de análise da produção de sentidos. A depender dos sentidos produzidos e admitidos pelos magistrados em relação à prisão preventiva, pudemos, de maneira teoricamente fundamentada, “abrir a porta” para a verificação da influência de fatores extrajurídicos nas suas decisões.

Buscamos atingir esse objetivo geral a partir de algumas etapas ou objetivos específicos.

O primeiro deles foi o estudo das propostas do construcionismo social, enquanto epistemologia de compreensão da sociedade a partir da linguagem, das interrelações sociais e dos contextos históricos, sociais e culturais, na qual se situa o método de investigação qualitativa de produção de sentidos.

Em seguida objetivamos estudar as concepções históricas e teóricas do realismo e do novo realismo jurídico norte-americano, enquanto correntes da teoria e filosofia do direito que admitem a influência substancial de fatores externos ao direito na tomada da decisão judicial, reconhecendo o provável dissenso entre o sentido do direito posto e a decisão do magistrado sobre ele.

Partimos então para a etapa de campo, com a tentativa de identificação, por instrumento empírico (entrevistas a juízes federais e estaduais) e por pesquisa de caráter qualitativo: a) os significados da prisão preventiva para os magistrados, b) o alcance das situações que eles apresentam para a prisão preventiva e c) possíveis fatores extraleais que influenciam a tomada da decisão de decretação de prisão preventiva.

Nessa análise buscamos cotejar o sentido e alcance legal do instituto da prisão preventiva, tal como previsto em lei, com o sentido, alcance e fatores efetivos para sua decretação para os juízes responsáveis por sua aplicação.

Ao final do trabalho, apresentamos uma resposta ao problema proposto, a partir da análise e discussão dos dados coletados. Nesse ponto foi feita a inferência dos dissensos e consensos entre a lei e as concepções dos magistrados quanto ao sentido e limites da prisão preventiva.

### 3 QUESTÕES METODOLÓGICAS

#### 3.1 Tipos de pesquisa

O trabalho foi realizado sob dois eixos. O primeiro, prioritariamente teórico e conceitual, visou ao estudo do realismo jurídico e do novo realismo jurídico enquanto correntes da filosofia do direito que destacam a presença de fatores extrajurídicos na tomada de decisões judiciais. Esse eixo também visou ao estudo da epistemologia do construcionismo social, desenvolvida no âmbito da psicologia social, e que serviu para o desenvolvimento metodológico do segundo eixo.

O segundo e principal eixo da pesquisa é de viés empírico, relacionado à aplicação concreta do instituto jurídico da prisão preventiva pelos magistrados. A cada eixo preponderou um procedimento metodológico distinto.

Para o eixo conceitual, realizamos uma pesquisa do tipo doutrinária, delineada através de levantamento bibliográfico e leitura de trabalhos – alguns livros, mas principalmente artigos publicados em periódicos – que abordavam o realismo jurídico, o novo realismo jurídico, o construcionismo social e a prisão preventiva. Também foram analisados textos normativos (nos âmbitos nacional e internacional). Com isso se pretendeu a apreensão daqueles temas e conceitos com maior profundidade.

Concomitantemente realizamos a pesquisa sociojurídica com método de análise empírico qualitativo. A intenção desta análise empírica foi buscar apreender aspectos psicológicos dos magistrados, relativos a suas atitudes, motivações, valores, opiniões e sentidos.

Especificamente, buscamos utilizar o método de produção de sentidos, sob o delineamento teórico-metodológico do construcionismo social, tal como prioritariamente utilizados no campo da psicologia, em intersecção ao direito, para buscar as atitudes e sentidos para os juízes em relação à decisão de decretação da prisão preventiva.

Nessa linha, procuramos dar atenção ao processo de produção dos discursos dos voluntários participantes, não de forma restrita ao próprio conteúdo dos discursos, mas sempre tentando enxergar essa produção a partir dos seus contextos social, cultural, profissional, de história de vida bem e de relações interpessoais.

### 3.2 Composição da amostra – busca de participantes

A pesquisa empírica, de viés qualitativo, foi realizada com amostras não probabilísticas, por conveniência. Aqui tomamos a expressão “amostra” no sentido amplo, como o resultado de uma operação qualquer de constituição do corpo empírico da pesquisa e não necessariamente como processo de extração de uma parte do todo (PIRES, 2010, p. 154).

Participaram da pesquisa dez voluntários, sendo cinco deles juízes federais e cinco juízes estaduais, todos com lotação na cidade de Ribeirão Preto/SP.

A busca por esses participantes foi ativa, partindo do pesquisador. Os contatos foram tentados pessoalmente, com o deslocamento até os fóruns da Justiça Estadual e Justiça Federal de Ribeirão Preto. Nos dirigimos diretamente até os gabinetes dos magistrados e fizemos uma sintética apresentação do pesquisador e do projeto de pesquisa – na maioria das vezes a apresentação foi feita aos assistentes dos juízes e às vezes diretamente aos magistrados.

Essa busca para composição da amostra durou do dia 19 de janeiro ao dia 19 de fevereiro de 2018 e foi realizada de maneira aleatória. Dentro dos fóruns percorremos os gabinetes, preferencialmente dos juízes com competência criminal, buscando juízes que estivessem no local bem como disponíveis para ouvirem a apresentação do projeto.

Houve maior facilidade no contato com os juízes federais, que em regra tiveram disponibilidade para nos receber em seus gabinetes já na primeira oportunidade. Inclusive quatro deles já se disponibilizaram a serem entrevistados no mesmo dia em que fizemos contato.

Já em relação aos juízes estaduais houve uma maior dificuldade no estabelecimento do contato. Na maioria das vezes que nos deslocamos até seus gabinetes, ou eles estavam realizando audiências e, portanto, indisponíveis, ou não estavam no fórum. Foram necessárias tentativas, contatos com assessores e deslocamentos ao fórum em maior quantidade para estabelecimento de contato com os juízes.

De qualquer forma, quando conseguimos contato todos concordaram em participar da pesquisa, sendo que três agendaram as entrevistas para datas futuras e dois concordaram em fazê-la não imediatamente, mas em horário posterior, no mesmo dia.

Em relação aos juízes com quem conseguimos estabelecer contato direto efetivo, apenas um juiz federal se recusou a participar. Após a apresentação do projeto e a indagação sobre o interesse e disponibilidade em ser entrevistado, esse juiz declinou e apresentou a justificativa de que teria um volume alto de trabalho que o impossibilitaria. Não obstante, ele apresentou curiosidade e interesse em relação à pesquisa, formulando perguntas sobre seus objetivos, métodos, procedimentos. Também manteve diálogo com o pesquisador por aproximadamente

quarenta minutos. Por fim, se disponibilizou a participar futuramente da pesquisa acaso esse pesquisador não conseguisse obter o número de voluntários almejado. Como foram obtidos voluntários em quantidade considerada suficiente, não chegamos a restabelecer contato com esse juiz.

Todos os entrevistados receberam uma via do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, contendo o contato do pesquisador e do orientador do trabalho, bem como as informações sobre o anonimato na participação, o caráter voluntário e a possibilidade de desconsideração da sua entrevista a qualquer momento até a finalização e depósito da dissertação. Também foram indagados sobre o interesse em receber uma cópia da monografia que resultasse da pesquisa. Apenas um voluntário assinalou a opção para não receber a dissertação.

Ao alcançarmos dez participantes entendemos que o *corpus* empírico e os dados coletados já eram suficientes para conformação da pesquisa, bem como para uma superveniente teorização para um universo geral (PIRES, 2010, p. 161 e 166), quanto aos sentidos produzidos pelos magistrados em relação à decisão de decretação de prisão preventiva.

Até porque, em se tratando de uma abordagem qualitativa, ao invés de buscarmos uma amostra com representatividade estatística, procuramos o alcance de um *corpus* empírico com uma diversificação interna no grupo relativamente homogeneizado de juízes (PIRES, 2010, p. 196–197). E os cinco juízes federais cotejados com os cinco juízes estaduais, com tempos de exercício profissional variados, nos pareceram já trazer de maneira suficiente essa diversificação.

Além disso, ao cabo das entrevistas então realizadas concluímos que já não estavam mais sendo apresentados elementos inéditos ou distintos o suficiente – concernente aos dados que objetivávamos coletar – que justificassem a ampliação da amostra. Entendemos caracterizada o que Álvaro Pires denomina “saturação empírica” (2010, p. 198)<sup>8</sup>, o que viabilizaria tanto o encerramento da coleta de dados (parada na busca por mais entrevistados) como a posterior generalização para o universo em análise (juízes).

---

<sup>8</sup> A ideia de saturação empírica (ausência de informações novas ou diferentes nos últimos dados coletados que motivem a busca de informações distintas com ampliação da amostra) se distingue em alguma medida da ideia clássica de saturação, ou de saturação teórica (quando os dados coletados em continuidade passam a não revelar nenhuma característica ou propriedade nova ao conceito em estudo que não os já demonstrados pelos dados precedentes).

### 3.3 Coleta de dados

Os dados foram coletados pelo instrumento da entrevista semiestruturada, ou seja, com um roteiro de perguntas pré-estabelecido, mas flexível, permitindo a inclusão ou exclusão de tópicos conforme o transcorrer da entrevista.

O roteiro de perguntas é apresentado ao final do trabalho em apêndice, para o caso de haver interesse no seu conhecimento integral. Basicamente o roteiro envolveu perguntas sobre os sentidos da prisão preventiva para os juízes, sobre situações concretas e elementos que motivassem suas decisões pela decretação ou não dessas prisões e sobre os principais fatores extralegais considerados na tomada dessas decisões.

Nesse contexto foi preciso enfatizar, desde o começo das entrevistas, e por mais de uma vez, que não nos interessavam os aspectos técnico-legais, doutrinários ou jurisprudenciais sobre a prisão preventiva, mas sim as opiniões, os valores e as impressões pessoais do participante sobre o tema.

Mesmo com essas advertências, houve uma tendência que se repetiu em quase todas as entrevistas e de maneira aparentemente natural, nas primeiras respostas dos juízes, no sentido de que suas opiniões estavam condicionadas apenas ao conteúdo das normas legais e que suas decisões eram determinadas pelo direito e se limitavam à aplicação da lei. Com o transcorrer das entrevistas e sucessivas reformulações de algumas perguntas (demandando situações concretas vivenciadas em suas atividades jurisdicionais cotidianas, valorizando as suas experiências) esse quadro foi mudando substancialmente e passavam a responder com maior espontaneidade, manifestando finalmente as suas considerações pessoais.

As entrevistas foram gravadas em áudio, com posterior transcrição de sua integralidade. Nesta coleta asseguramos aos participantes o anonimato. Essa garantia do sigilo sobre a identidade visava não só à observância de uma regra de ética em pesquisa, como principalmente compensar o desconforto da gravação e tentar dar ao entrevistado uma maior privacidade para que se sentisse à vontade para falar com sinceridade sobre suas opiniões e valores.

Na busca da preservação da intimidade, tivemos que suprimir das transcrições os nomes dos entrevistados, que no tratamento dos dados serão chamados de “entrevistado 1”, “entrevistado 2” ou “juiz 1”, “juiz 2” etc. Mas não só isso. Foi preciso suprimir também alguns curtos trechos das suas entrevistas, em que eles traziam outros elementos pessoais que permitiriam sua fácil identificação. Apesar dessa supressão representar uma limitação à integral manutenção dos dados obtidos, não acreditamos que elas sejam substanciais a ponto de comprometer os resultados.

Também colhemos termo de consentimento livre e esclarecido, com informação sobre os aspectos éticos da entrevista, que é igualmente reproduzido em apêndice da dissertação.

Apesar da necessária preocupação com aspectos éticos, não submetemos o projeto ao Sistema Nacional de Ética em Pesquisa (Comitês de Ética) em razão da pesquisa proposta se encaixar em situação expressa de dispensa a essa submissão, conforme Resolução nº 510/2016 do Ministério da Saúde, que regulamenta as pesquisas em Ciências Humanas e Sociais:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução.

Parágrafo único. **Não serão registradas nem avaliadas** pelo sistema CEP/CONEP:

[...]

**VII - pesquisa que objetiva o aprofundamento teórico de situações que emergem espontânea e contingencialmente na prática profissional, desde que não revelem dados que possam identificar o sujeito; [...].**

As entrevistas foram realizadas pessoalmente pelo pesquisador e ocorreram todas nos gabinetes dos respectivos juízes entrevistados. Duraram em média quarenta e sete minutos.<sup>9</sup>

Uma situação que consideramos merecedora de exposição é o fato de que as entrevistas de todos os juízes federais transcorreram de maneira reservada. Nas salas só estiveram presentes o entrevistado e o pesquisador/entrevistador. Já em relação aos juízes estaduais, nenhuma delas se deu com a mesma reserva. Todas as entrevistas se deram em salas em que necessariamente havia pelo menos mais uma (às vezes até três) pessoa(s), estagiários ou funcionários assessores que têm suas mesas e computadores de trabalho dentro dos próprios gabinetes.

Seria preferível que todas as entrevistas acontecessem de maneira reservada. Mas por outro lado, visando à viabilização efetiva das entrevistas, concluímos que seria inviável demandarmos isso dos juízes participantes, uma vez que toda aquela estrutura, um pouco mais

---

<sup>9</sup> Tempo de duração de cada entrevista:

1 – 0:59:05

2 – 1:04:12

3 – 0:40:40

4 – 0:57:11

5 – 0:41:49

6 – 0:47:39

7 – 0:58:57

8 – 0:35:12

9 – 0:48:14

10 – 0:20:24

precária do que a encontrada na Justiça Federal, já era inerente à rotina de trabalho de todos.

Tomamos essa situação como uma limitação da pesquisa, na medida em que, diante de seus estagiários e assessores, é possível que o entrevistado tenha guardado maiores reservas no que tange à espontaneidade de suas respostas, até pela necessidade de manter alguma coerência eventualmente com uma postura, orientações e manifestações anteriores nas suas relações intersubjetivas com essas terceiras pessoas.

### **3.4 Análise dos dados**

A análise dos dados teve caráter qualitativo. Buscou-se extrair das respostas colhidas as opiniões, valores e sentidos para os entrevistados acerca da prisão preventiva, bem como eventuais interferências de fatores extralegais na tomada de suas decisões.

Essa inferência foi realizada com o auxílio de um software consolidado internacionalmente no meio acadêmico e voltado especificamente para análise qualitativa de dados, o Atlas.ti.<sup>10</sup>

Foram estabelecidas categorias de análises, a partir de leituras flutuantes das transcrições das entrevistas, com encaixes de trechos relevantes das falas, visando à facilitação da análise.

A partir dessa análise pudemos verificar a hipótese suscitada, ou seja, a correlação ou dissenso entre os sentidos acerca da prisão preventiva contidos na legislação e na sua compreensão e aplicação pelos magistrados.

Essas categorias de análise consistem em códigos (palavras ou expressões) construídos pelo pesquisador, a partir da decomposição de trechos das entrevistas, que por sua vez continham manifestações representativas de sentidos atribuídos pelos juízes sobre determinado assunto de interesse. A própria criação do código ou da categoria de análise já representa uma etapa interpretativa (XAVIER, 2012, p. 192) e qualitativa do trabalho.

Os códigos funcionam como indicativos de elementos a partir dos quais é possível categorizar e analisar as opiniões, valores, e formas de enxergar uma determinada questão pelos participantes da pesquisa.

---

<sup>10</sup> <https://atlasti.com/>

## 4 A PRODUÇÃO DE SENTIDOS NA EPISTEMOLOGIA DO CONSTRUCIONISMO SOCIAL

### 4.1 Contextualização do método: a pós-modernidade

Elegemos a “produção de sentidos” como método para o desenvolvimento da pesquisa. E nessa tarefa de apresentação do método eleito para análise dos dados coletados, acreditamos ser didaticamente importante iniciar pela sua contextualização, marcando a epistemologia que lhe dá contornos: “o construcionismo social”.

Por sua vez, o construcionismo social emerge de outro contexto maior, de reação não apenas a um modelo de fazer ciência, mas de reflexão e organização da vida em sociedade. Aqui estamos tratando da relativamente recente transição cultural e histórica da “modernidade” para a “pós-modernidade” ou “modernidade líquida”, que traz entre suas marcas a recusa às explicações e definições totalizantes (MOSCHETA, 2014, p. 24).

#### 4.1.1 A ciência da modernidade: a concepção positivista

Numa relação direta com a modernidade, o que se construiu discursivamente como modelo clássico de se fazer ciência foi aquele de postura positivista, com algumas marcas bem definidas. A primeira é a da separação ou dualidade entre o sujeito (pesquisador) e o objeto da pesquisa. Nessa perspectiva são desconsideradas as interações entre o sujeito e o universo pesquisado. O cientista traria consigo a racionalidade para compreender o mundo exterior. A segunda marca é a assunção de uma “realidade”, sempre externa, independente e precedente ao sujeito cognoscente. A realidade, na concepção positivista, também tem como atributos a estabilidade e a singularidade, sendo observada do mesmo modo por todos que a investigam. Uma terceira característica atribuída ao positivismo científico da modernidade é a retórica da verdade, ou seja, a da existência de uma única “verdade” a ser conhecida exatamente “como ela é”, de maneira neutra e imparcial pelo pesquisador através dos métodos científicos de controle das variáveis que incidem sobre o objeto de análise. E a quarta e última marca substancial seria a da representação da realidade e da verdade por meio da linguagem. Considera-se nesse enfoque que a linguagem é instrumento puro de transmissão do conhecimento e de simples registro da realidade única (MOSCHETA, 2014, p. 30–31; SPINK; FREZZA, 2013, p. 10–14).

Em suma, a epistemologia positivista da modernidade afirma que a atividade científica é realizada pelo pesquisador, de forma neutra e imparcial, por meio de um método que lhe

permite desvendar o objeto e revelar a realidade, trazendo consigo um contínuo progresso (numa perspectiva iluminista). Por ela a ciência é compreendida e difundida como o único caminho que permite o alcance da “verdade”. Um caminho universal, que assegura a substituição do culto à religião pelo culto à ciência, na eterna busca pelo que transcende o que conhecemos.

Não é difícil notar como ela emprega o método tipicamente utilizado até então pelas ciências da natureza como o padrão de “explicação” da realidade, a ser seguido pelos demais ramos científicos, inclusive o das ciências humanas e sociais.

#### *4.1.2 Perspectiva crítica da ciência na pós-modernidade*

A concepção que apresentamos começa a sofrer reações com o advento do fenômeno da “pós-modernidade”, característico do século XX. O discurso que vem sendo construído sobre ele é o da “incredulidade”, o do questionamento crítico às explicações universais, – denominadas “metarrelatos” (LYOTARD, 2009, p. XVI) – aquelas com condão de tudo abarcar e tudo explicar, que pretendem se legitimar como completas e as únicas reveladoras do funcionamento de todas as estruturas sociais, independentemente do tempo e espaço.

E essa incredulidade não fica confinada apenas à existência de explicações únicas da realidade, mas abarca também a descrença na existência inclusive de uma realidade única, desvinculada das nossas percepções e apreensões sobre ela, que pudesse ser representada ou descrita de forma neutra por um sujeito cognoscente.

A pós-modernidade também pode ser associada à troca corrente de conhecimentos em razão da informatização das sociedades (LYOTARD, 2009, p. 5–7). As novas tecnologias permitem superar fronteiras, colocando em contato grupos e culturas de localidades distantes. Com esse contato desponta a “diversidade” que marca o fenômeno contemporâneo e era ocultada pelas narrativas dos colonizadores (MOSCHETA, 2014, p. 34). O contato com a diversidade permite inclusive construções diversas acerca da individualidade de cada pessoa, na medida em que ela reconhece outras formas de viver a vida, além daquelas preconizadas como as únicas maneiras certas e boas pela sociedade ou família em que está inserida.

Além da influência direta sobre a construção das identidades individuais, essa aproximação entre grupos antes incomunicáveis facilita o desenvolvimento de movimentos e estudos “descoloniais” ou “pós-coloniais”. A partir deles será considerada a pluralidade de vozes e configurações sociais do eixo sul do planeta, numa reformulação das teorias sociais elaboradas

conforme a visão de mundo dos pensadores europeus. Também as identidades coletivas podem ser reconfiguradas nesse contexto.

No campo científico, conforme narra Spink (2017), há uma negação ao positivismo por meio de uma postura hermenêutica ou antipositivista desde o século XIX. Uma negação ao “monismo metodológico”, ou seja, a recusa do modelo das ciências naturais como único padrão de apreensão do conhecimento. Com ela advém uma busca pela “compreensão” dos fenômenos sociais em detrimento da “explicação causal”, outrora em voga. E ainda uma diferenciação entre as clássicas ciências “nomotéticas” – tomadas como aquelas que buscam leis gerais de explicação da realidade – e as ciências “ideográficas”, concebidas como as que enfatizam as características singulares do *corpus* de análise.

Há ainda uma ruptura com a ideia de que a linguagem seja mero instrumento de representação da realidade e simples transmissão do conhecimento. Dentre outros trabalhos nesse sentido, conforme narrado por Feyerabend (2011, p. 215), podemos citar o de Benjamin Lee Whorf, para quem a língua não apenas descreve a realidade, mas “modela” os fatos, eventos e estados de coisas, já que o próprio pensamento é condicionado pelas normas estruturais das gramáticas de nossas línguas nativas. Desta maneira, uma determinada linguagem já traz consigo uma visão de mundo que influencia e limita o pensamento e as ações.

Esse movimento, que ganha força no contexto da pós-modernidade, afirma que a pretensa neutralidade vindicada pela epistemologia clássica nada mais é do que uma maneira sutil de se dissimular os valores e interesses que efetivamente orientam toda atividade científica. Desta forma, os interesses de grupos dominantes, então ocultos pelo véu da imparcialidade, serão afirmados e difundidos à toda a sociedade não como os interesses de grupos específicos, mas como “verdades” reveladas pela ciência; a maneira apontada como a única legítima para apreensão da realidade.

A partir do momento que um discurso galga a posição de “legítimo”, sua versão de mundo ganha lugar de destaque na formulação de certas ações e práticas em detrimento de outras (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 81). E com isso a ciência produzida, enquanto manifestação discursiva “legítima”, integra os dispositivos de poder, dando uma ilusão de objetividade às subjetividades.

Quando pensamos nos estudos das ciências exatas e naturais, que focam os fenômenos da natureza, não passíveis de influxos ideológicos para sua ocorrência, pode parecer acertada a concepção positivista de pesquisa neutra. Mas também nesse campo não é difícil questionar e duvidar dessa neutralidade.

Pelos menos três circunstâncias permitem a recusa à afirmação de existência de pesquisa neutra. A primeira repousa nas escolhas feitas pelo pesquisador! Dentre estas ele decidirá os problemas e objetos a serem investigados. A pesquisa não ocorre de maneira espontânea e as novas “revelações” de um estudo não levam de maneira direta e automática à continuidade progressiva e indefinida da pesquisa em relação a elas. Com isso queremos dizer que uma pesquisa sobre um tema ou objeto só acontece porque houve o interesse de alguém na sua realização. Em regra, haverá o interesse no mínimo do(s) próprio(s) pesquisador(es), e esse interesse poderá ainda sofrer influxos de outros interesses se pensarmos no contexto acadêmico, em que são comuns as influências do orientador, do laboratório ou do grupo de pesquisa na relação com o investigador.

Também haverá escolha, pelo pesquisador, das bases de dados a serem consultadas, da bibliografia a ser revista e da metodologia a ser utilizada. A depender dessas escolhas a pesquisa terá uma infinidade de rumos diferentes em seus traçados, como a definição das hipóteses, do marco teórico e a escolha dos instrumentos para coleta de dados.

Uma segunda indicação de parcialidade científica está contida nos financiamentos das pesquisas. Não há disponibilidade ilimitada de recursos para investigações científicas. As fundações e agências de fomento, não só privadas como públicas, têm diretrizes para alocar os recursos de que dispõem e por isso elegem quais assuntos receberão ou não seu apoio. Por exemplo: a depender do momento histórico e do contexto social e cultural a agência financiadora pode escolher dar suporte a pesquisas sobre os efeitos de drogas na saúde das pessoas e não financiar pesquisas sobre os efeitos dos alimentos. Mas não é só isso. Além dos temas, também as hipóteses das pesquisas podem funcionar como limitadores. Novamente exemplificamos: dentro do tema dos efeitos das drogas na saúde, o financiador pode decidir custear pesquisas que visem a confirmar a hipótese de que tais efeitos são nocivos, negando-se a financiar pesquisas que proponham rechaçar as nocividades de determinadas drogas. Por esse mecanismo de financiamento há um direcionamento e uma parcialidade determinante na realização ou não de muitas pesquisas, e por consequência, daquilo que poderá ou não ser “revelado” pela ciência.

Um terceiro elemento que leva ao questionamento da neutralidade em ciência diz respeito ao momento e às formas de análise dos resultados obtidos. Mesmo nas pesquisas realizadas por métodos quantitativos em que há, de maneira geral, verificação de dados numéricos e estatísticos, diferentes interpretações podem ser realizadas sobre eles.

Esse contexto propicia o reforço da afirmação das metodologias qualitativas – que reconhecem o papel interpretativo do pesquisador – como instrumentos igualmente válidos quanto à cientificidade. Também é nele que surge o discurso construcionista social.

## **4.2 Epistemologia do método: o discurso do construcionismo social**

Por coerência à própria epistemologia construcionista destacamos, logo de plano, que apenas por conveniência didática e de redação falaremos em “construcionismo social”, no singular. Mais propício é tratar de possíveis “construcionismos sociais”, uma vez que não se trata de um movimento unívoco, mas marcado por uma pluralidade de teóricos com alguma proximidade em torno de pressupostos básicos.

Também não podemos afirmar de forma categórica quais são as características “do construcionismo social” como se ele fosse uma realidade em si, dissociada daqueles que o descrevem e enunciam sobre ele, justamente porque a aposta do discurso construcionista é na inexistência de uma realidade social independente e precedente ao sujeito que se manifesta sobre ela. O discurso não quer negar, contudo, a precedência de uma realidade naturalística.

Conforme apregoa o discurso construcionista, não há uma única essência verdadeira dos fenômenos humanos e sociais, mas “realidades” várias, concebidas enquanto fenômenos históricos, culturais, dinâmicos e relacionais. Estes seriam possivelmente os pressupostos básicos que congregam o movimento construcionista.

Dessa forma, acompanhamos a síntese de Carla Guanaes-Lorenzi, no sentido de que o construcionismo social afirma “a centralidade da linguagem, do relacionamento humano e dos processos sociais, históricos e culturais na construção do conhecimento que temos do mundo e de nós mesmos” (2014, p. 90).

Sobre a sua gênese, que se deu no âmbito da psicologia social, voltada à crítica ao *status quo*, autores destacam o artigo *The social constructionist movement in modern psychology*, escrito em 1985 por de Kenneth Gergen, o expoente do movimento, que complementou os postulados do construcionismo no livro *Realities and relationships*, de 1994 (GUANAES-LORENZI, 2014, p. 90–91; SOUZA, 2014, p. 51).

### *4.2.1 Pressupostos epistemológicos do construcionismo social para Kenneth Gergen*

Conforme síntese de Laura Vilela e Souza (2014, p. 52–63), os pressupostos construcionistas de Gergen informam que:

4.2.1.1 “Os termos por meio dos quais explicamos o mundo e a nós mesmos não são ditados pelos objetos estipulados por esses relatos.”

Não há uma única descrição possível para explicação dos objetos de pesquisa, sejam eles o mundo físico, as pessoas, os sentimentos etc. Todos nós temos construída uma subjetividade que reflete no momento de observação, inclusive na atividade científica, influenciando a apreensão de conhecimento e os relatos, seja sobre o mundo exterior, seja sobre nós mesmos.

Além disso, o objeto de conhecimento só se torna objeto porque o cientista o reconhece como tal, de forma que ele participa da construção da realidade que almeja pesquisar. Em suma, para o construcionismo, a afirmação sobre alguma coisa do mundo não é mera representação dela, mas o instrumento pelo qual a realidade sobre ela é construída (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 74).

4.2.1.2 “Os termos e as formas por meio das quais alcançamos o entendimento do mundo e de nós mesmos são artefatos **sociais**, produtos de trocas **históricas** e **culturalmente** situadas **entre as pessoas**.”

Esse pressuposto traz elementos centrais ao construcionismo: a realidade social não é dada, mas construída em cada contexto social, histórico e cultural, tendo em conta as tradições que nos influenciam e de maneira especial os infinitos momentos de relacionamento e trocas linguísticas. Todas as descrições que podemos fazer de qualquer coisa partem de convenções sociais.

Por isso a importância de uma contínua reflexão, dúvida e questionamento sobre os discursos construídos sobre valores éticos ou sobre as formas de vida tida como boas e corretas.

Se em determinado contexto histórico e cultural uma conduta, uma característica ou mesmo um estilo de vida é recriminado ou desprezado em razão da predominância de discursos negativos sobre eles, a partir de novas relações interpessoais o discurso positivo pode vir a predominar e aquelas mesmas circunstâncias passarem a ser compreendidas, toleradas ou até incentivadas. As situações envolvendo minorias e lutas por reconhecimentos, como nos casos de mulheres, negros e homossexuais, estão recheados de exemplos nesse sentido.

4.2.1.3 “O grau em que uma dada explicação do mundo ou do eu é sustentada no tempo não é dependente de sua validade objetiva, mas das vicissitudes do processo social.”

O terceiro pressuposto complementa o anterior. Por tradição se construiu a ideia da existência de verdades objetivas sobre a realidade, amparadas por consenso e certeza. E se aposta nisso para se organizar a sociedade sobre uma pretensa única realidade existente. Tal tradição induz à perpetuação de afirmações que pretendam explicar objetivamente o mundo.

A falta de contínuo questionamento sobre essas explicações propicia que elas perdurem por mais tempo e que explicações conflitantes demorem mais a surgir. Além do que a própria aposta na “verdade científica” objetiva como a única reveladora da realidade igualmente serve de obstáculo para que outras modalidades de explicações, como as decorrentes dos costumes tradicionais ou da religião dividam espaço com ela.

4.2.1.4 “A linguagem deriva seu sentido dos encontros humanos a partir da maneira que funciona dentro dos padrões de relacionamento.”

Esse quarto pressuposto é um ponto claro de confluência às características da visão pós-moderna de ciência, especialmente a já mencionada ruptura da ideia de linguagem como mero instrumento descritivo ou representacional da realidade.

Gergen afirma que os sentidos de expressões linguísticas vão depender e variar conforme os contextos dos discursos em que são utilizadas. Fora deles podem, inclusive, perder todo o sentido. Podemos então reconhecer que os “discursos são um conjunto de significados” (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 80).

4.2.1.5 “Avaliar as formas de discurso existente é avaliar padrões da vida cultural.”

Podemos enxergar o último pressuposto como a outra face do postulado anterior, na intersecção entre a linguagem e o contexto social e cultural. Se o sentido das expressões depende desses contextos todos, também os contextos e as realidades são construídas a partir das diferentes formas de manifestação da linguagem.

Conforme afirmado por Gergen, a manutenção do *status quo* depende das participações dos sujeitos na utilização de determinada linguagem em suas relações. Por isso a necessidade de termos uma *reflexividade crítica*, percebendo que os discursos que perpetuamos ou mesmo a que apenas aquiescemos, irão construir a realidade a nossa volta e contribuir ou não para a

manutenção de rituais sociais consolidados. Diferentes discursos levam a diferentes ações (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 81). Portanto, é necessária uma constante reflexão sobre quem ganha e quem perde com a manutenção de determinada forma de vida ou com a manutenção de determinados rituais.

Neste ponto deve residir nossa preocupação e responsabilidade para com as lutas históricas, não só por redistribuição socioeconômica, mas igualmente por reconhecimento cultural de grupos minoritários como titulares de direitos e igualdades substanciais. Há que se desconstruir para possibilitar a reestruturação das relações de reconhecimento e a desestabilização dos fatores de diferenciação entre os grupos, o que demanda um desapego às construções culturais e identidades atuais (FRASER, 1997, p. 52).

O que o construcionismo social propõe é que essa desconstrução se dê pelo discurso e pela linguagem. Os nossos discursos revelam nosso compromisso com a modificação do *status quo* na direção (potencialmente utópica) de um mundo que não seja marcado pela desigualdade e pela exclusão, com potencial de emancipação social.

Nesse campo podemos enfocar a própria pesquisa científica que, enquanto recurso linguístico e discursivo, igualmente tem esse potencial modificador da realidade (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 78). Desta forma, o pesquisador que oriente sua pesquisa pelo discurso construcionista deverá refletir sobre a quem aproveita, positiva ou negativamente, o conhecimento que venha a ser produzido com ela (GUANAES-LORENZI, 2014, p. 101).

#### 4.2.2 Outras marcas importantes do construcionismo

Além dos pressupostos elencados por Gergen, outros elementos podem ser identificados na tarefa de discorrer sobre o construcionismo social. E essa tarefa deve ser realizada com cuidado, pontuando a intenção de não definir o construcionismo de maneira totalizante. Porque isso iria contra o próprio preceito básico construcionista de que não há fenômenos sociais ontologicamente existentes (nem o próprio construcionismo), mas realidades construídas a partir de discursos proferidos no bojo de relações interpessoais. Por consequência, o próprio construcionismo não se afirma como a manifestação única e “verdadeira” de compreensão do mundo, mas como mais uma maneira de assimilação da experiência humana, que, assim como os demais discursos, também precisa ser constantemente questionado por meio de uma reflexão crítica.

Ressaltamos também que o construcionismo não detém a exclusividade sobre essas características que iremos elencar. Elas podem ser compartilhadas por outras correntes epistemológicas que estão na mesma matriz crítica da pós-modernidade.

Uma primeira característica decorre da crítica ideológica, ou seja, a crítica à posição moderna de pretensa neutralidade e imparcialidade do pesquisador, já abordada em tópico anterior. Justamente pela compreensão de que nenhuma pesquisa trará consigo esse ideal de neutralidade é que o construcionismo adere à “necessidade de contextualização da produção científica” (SOUZA, 2014, p. 64).

Já que não haverá imparcialidade é preciso ao menos deixar explícito o “lugar de fala”, informando subjetividades e possíveis experiências pessoais do pesquisador, possibilitando a identificação dos potenciais vieses aptos a influenciar a realização da pesquisa ou a análise dos resultados. A explicitação do “lugar de fala” é um exercício e compromisso de revelar a quem se aproprie da pesquisa quais os interesses e ideologias do pesquisador. Justamente porque as pesquisas sofrem os influxos do contexto em que realizadas, devem ser legitimadas por esse mesmo contexto, a partir de sua explicitação (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 80).

Nesse sentido citamos, exemplificativamente, o trabalho de Ana Maria Bach (2010, p. 20), voltado às teorias feministas, mas de aplicação análoga a qualquer estudo de grupos vulneráveis e excluídos, e que está em consonância à perspectiva construcionista:

[“experiencia”] abarca desde los usos cotidianos que comprenden, entre otras acepciones, al saber que se adquiere con la práctica, al bagaje que cada persona va acumulando a lo largo de su vida, el sentir placer o dolor, y llegan hasta el método científico de indagación o prueba consistente en provocar un fenómeno bajo ciertas circunstancias específicas.

Em razão desse elemento percebemos que o construcionismo não está preocupado apenas com a maneira como concebemos e apreendemos o mundo, mas também com a própria maneira de se fazer ciência e produzir conhecimento. Com isso, a orientação à demarcação contextual do lugar de fala revela um plano metateórico do construcionismo social. (GUANAES-LORENZI, 2014, p. 97).

Outra característica relevante, derivada de influência da crítica social, é a preocupação com o contexto histórico e cultural em que os discursos são realizados. A partir destes contextos é possível compreender as manifestações que se proponham a retratar uma realidade e questioná-las, a partir das razões e motivações que levaram a um determinado discurso construtor da realidade.

Também marca o construcionismo o foco nas pesquisas de produção de sentidos que valorizam a construção da individualidade a partir de uma perspectiva relacional, das interações do “ser” com outras pessoas (SOUZA, 2014, p. 70).

O construcionismo desconfia e questiona significações e sentidos do “ser” que partam de abordagens deterministas sobre a personalidade individual. Não se conforma com a posição de que alguém seja destinado a ser de determinada maneira, a tomar certas decisões e adotar posturas, sem possibilidades de modificações desses elementos edificantes da individualidade a partir das relações cotidianas. Até porque, como tudo no mundo, também a pessoa é construída a partir da linguagem nos relacionamentos (CORRADI-WEBSTER, 2014, p. 76 e 83), dos discursos sobre e em interação com ela.

Por fim, destacamos no construcionismo uma prospecção para a pesquisa interdisciplinar, em razão da reconhecida complexidade na construção dos fenômenos que se busca compreender, demandando o diálogo entre mais de uma área do conhecimento para realização desta tarefa investigativa (GUANAES-LORENZI, 2014, p. 102).

#### *4.2.3 Utilização do construcionismo social na pesquisa em direito*

Para a nossa pesquisa, desenvolvida no âmbito de programa de pós-graduação em Direito, a abertura do construcionismo à interdisciplinaridade é, possivelmente, um dos elementos mais relevantes. Esse elemento facilita a pesquisa que propomos realizar, já que ela demanda uma intersecção entre o direito e a psicologia social.

E é com grata satisfação que enxergamos nessa valorização pela interdisciplinaridade um ponto de confluência “metateórico” dos principais referenciais teóricos/discursivos que pretendemos utilizar em nossa investigação. Do lado da psicologia, o construcionismo social enquanto epistemologia delimitadora do método de produção de sentidos. Do campo do direito, algumas proposições do “novo realismo jurídico”, que tem como um dos principais pilares justamente a proposição de uma abordagem interdisciplinar. A corrente do novo realismo jurídico aponta na direção da pesquisa empírica em direito por meio do diálogo com as ciências sociais, entre as quais elegemos a psicologia (ERLANGER et al., 2005, p. 339; GARTH; MERTZ, 2016, p. 123; MILES; SUNSTEIN, 2007, p. 4).

Apesar de relativamente inovadora, é bastante pertinente a abordagem construcionista do fenômeno jurídico que pretendemos pesquisar: os sentidos produzidos pelos magistrados acerca da prisão preventiva. O discurso jurídico que esperamos acessar pelas entrevistas é mais um discurso. E como tal, também o discurso jurídico pode ser analisado sob a perspectiva do

construcionismo social desenvolvido no âmbito da psicologia social (SANDU, 2010, p. 28). Com ela buscaremos o contexto que propicia o “discurso justificador” da prisão preventiva e os interesses promovidos com ele.

O que podemos dizer por fim, nesse contexto da justificação da utilização do construcionismo social para a pesquisa em direito, é que a própria tentativa de conceituação e definição totalizante do direito sofre questionamentos contemporâneos.

A despeito de partir de paradigmas mais convencionais à tradição jurídica e não do construcionismo social, Frederick Schauer enfatiza que essa atividade descritiva do que seja o direito não é plausível. Ele pontua que o próprio conceito de direito é construído socialmente e a todo momento reconstruído a partir de contextos históricos e culturais (2005, p. 7–11).

Como se vê, essa conclusão quanto à concepção do direito guarda correlação direta com concepção construcionista de apreensão do mundo como um todo. E essa consonância abre largo espaço à investigação interdisciplinar envolvendo o direito e a psicologia social.

### **4.3 Produção de sentidos**

O método de produção de sentidos é correntemente apresentado como propício às pesquisas sobre práticas discursivas dentro da epistemologia do construcionismo social. Quanto às práticas discursivas, são considerados o contexto, as ações tomadas, as escolhas e a linguagem que elas podem expressar (SPINK; FREZZA, 2013, p. 20). A produção de sentidos é um método de produção do conhecimento que considera e valoriza o senso comum, na esteira do questionamento do saber científico como o único revelador da realidade. Pois é o senso comum, e não a ciência, que dá os sentidos que têm mais ênfase na estruturação da sociedade. Seu enfoque são os discursos observados e realizados durante a pesquisa. Considera a “linguagem em uso” (SPINK; MEDRADO, 2013).

Assim como o construcionismo, a produção de sentidos também advém do campo da psicologia social, mas também é uma proposta interdisciplinar, que visa a investigar “como damos sentido ao mundo em que vivemos”. É uma perspectiva que se pretende como alternativa (não como superação) à psicologia experimental de viés individualista da modernidade, reconciliando-se com o viés dos processos sociais fundantes da disciplina Psicologia (SPINK; FREZZA, 2013, p. 1–6).

Com “produção de sentidos” queremos nos referir ao processo que ocorre nas interações da vida (SPINK; FREZZA, 2013, p. 9) e que são responsáveis pela construção do mundo, podendo implicar conservações ou transformações sociais.

Através da análise das práticas discursivas há uma perspectiva de apreensão do mundo a partir da sua concepção manifestada pelos sujeitos em interação, e não pela busca de uma realidade ontológica externa às pessoas. É a tentativa de apreensão dos sentidos produzidos sobre o mundo, ou sobre como ele é construído.

Aqui é até possível a distinção entre discursos e práticas discursivas. Aquele é mais regular, habitual e com maior perpetuação ao longo do tempo, sendo verificável em uma área acadêmica, um grupo profissional, um grupo social etc. Pode se dizer que decorre dos processos de institucionalização. Já a prática discursiva (que pode ser orientada pelos discursos) é mais dinâmica e varia com maior frequência. Aliás, varia em cada interação de uma pessoa com outra. Podemos relacionar a prática discursiva como a linguagem em uso ou a linguagem em ação (SPINK; MEDRADO, 2013, p. 3–5).

Ainda podemos acrescentar que a produção de sentidos decorre da interação de “três tempos históricos: entre a construção social dos conteúdos culturais do *tempo longo*, as aprendizagens sociais que aprendemos no *tempo vivido* e os processos dialógicos do *tempo curto*” (SPINK; MEDRADO, 2013, p. 17). Portanto, ao buscar os sentidos produzidos numa prática discursiva (dinâmica e pontual) precisamos compreender os discursos que a orientam (mais estáveis e estabelecidos ao longo do tempo).

Então o que esperar da pesquisa a partir do método de produção de sentidos? Somente seu transcorrer, especialmente a interação do pesquisador com os participantes, foi capaz de propiciar a resposta sobre o que seria alcançado.

Mas uma aposta que fizemos, como ponto de partida, é que na busca dos sentidos produzidos pelos magistrados acerca da prisão preventiva, o trabalho decorrente da própria pesquisa (que também é uma prática discursiva) poderá almejar ressignificar o discurso sobre a prisão para aquilo que nos parece mais adequado. E mais adequado nos parece ser o deslocamento do discurso que mantém a atual política de encarceramento em massa da pobreza para um discurso que propicie o respeito substancial à excepcionalidade da prisão preventiva, construído nos textos constitucional e legais do sistema jurídico brasileiro.

## **5 O REALISMO E O NOVO REALISMO JURÍDICO – PREMISSAS PARA A ANÁLISE DE DADOS DA PESQUISA EMPÍRICA**

### **5.1 Apresentação: das teorias normativas às teorias descritivas da decisão judicial**

O fenômeno da “decisão judicial” é elemento fundamental em qualquer busca de teorização sobre a operacionalização e aplicação do direito. Nessa linha, é possível encaixar as explicações e estudos sobre a decisão judicial em dois grandes grupos: o das teorias normativas e o das teorias descritivas da decisão.

#### *5.1.1 Teorias normativas*

O primeiro é aquele abarcado pelas teorias normativas da interpretação e da argumentação racional, que propõe um modelo prescritivo para a tomada e justificação das decisões. Com a expressão “teorias normativas” aludimos às discussões sobre como devem ser tomadas as decisões judiciais (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 171).

São expoentes exemplificativos deste modelo prescritivo a teoria interpretativista de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2010; MACEDO JUNIOR, 2017; MARMOR, 2005) e a teoria da argumentação racional de Robert Alexy (2008). Ambas afirmam a possibilidade de se encontrar ou construir a decisão judicial correta, a partir do sistema moral de valores da sociedade, sempre por meio da razão (GARCÍA AMADO, 2010). Consideram a tomada da decisão judicial operada apenas de acordo com recursos cognitivos e deliberativos racionais.

Essas teorias partem de premissas ideais em relação às condições psicológicas internas dos juízes, bem como quanto às condições sociais, institucionais e estruturais externas, para que eles tomem suas decisões de maneira racional e consciente. As teorias normativas se pautam em uma capacidade objetiva e impessoal do Poder Judiciário decidir de maneira adequada às normas vigentes (LINS E HORTA; COSTA, 2017, p. 274).

Elas são muito importantes, na medida em que apresentam soluções prescritivas, sobre como devem ser as decisões jurídicas; como serão encontradas as respostas corretas se feita uma análise estrita das regras jurídicas. Mas sua acuidade depende de conseguirmos fazer com que as decisões sejam tomadas por processos mentais que considerem apenas os fatores jurídicos, o que não acontece.

### *5.1.2 Teorias descritivas: uma perspectiva realista*

O segundo grande grupo é aquele que abrange as teorias descritivas da decisão, a partir de modelos com premissas realistas. Enquanto as teorias normativas ou prescritivas são fundamentadas em uma racionalidade ideal – desconsiderando as falibilidades humanas dos juízes (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 172) e estruturais do contexto de tomada de decisão – as teorias descritivas se preocupam justamente em investigar e jogar luz sobre essas limitações existentes no “direito em ação”, no funcionamento cotidiano e institucional de aplicação do direito.

Ao aludir às premissas realistas das teorias descritivas, nos referimos ao movimento do realismo jurídico norte-americano e aos vários modelos que decorreram deste movimento ou que ao menos compartilham seus paradigmas.

O realismo jurídico vem ocupando lugar de destaque no pensamento, ensino e prática do direito norte-americano desde seu surgimento nas décadas de 1920 e 1930 (FERREIRA, 2012, p. 7), sendo considerado o movimento nativo mais importante para a Teoria do Direito nos Estados Unidos no século XX (LEITER, 2002, p. 1).

Abordaremos o realismo jurídico com mais amplitude e profundidade no tópico seguinte, mas cabe já informar que se trata de movimento cuja estrutura central é a afirmação de que a análise empírica das decisões judiciais revela que elas não são tomadas por razões estritamente jurídicas, mas por um senso do que aparenta ser “justo” no caso. As regras jurídicas serviriam apenas para justificar racionalmente uma decisão tomada anteriormente, com base em critérios não jurídicos (GODOY, 2013, p. 6; LEITER, 2002, p. 1).

A perspectiva realista não pretende refutar a afirmação de que a melhor solução para os casos (a mais “justa”, correta ou imparcial) seja aquela decorrente de uma decisão tomada estritamente de acordo com as regras jurídicas e com os processos racionais de interpretação ou argumentação. Ela apenas traz a demonstração de que essa é a decisão ideal, mas que geralmente não acontece, especialmente nos casos difíceis.

### *5.1.3 Sobre a carência de abordagens descritivas na academia e na teoria do direito*

No Brasil são ainda escassos os textos e as discussões sobre o realismo jurídico e raras as pesquisas sobre a tomada de decisão judicial sob uma perspectiva realista.

A carência de pesquisas voltadas à tomada da decisão judicial é corroborada por uma metapesquisa realizada no âmbito do programa de mestrado da Faculdade de Direito de

Ribeirão Preto – USP, realizada com todas as teses e dissertações defendidas em programas de mestrado acadêmico e doutorado em Direito no Brasil, nos anos de 2011 a 2014. Ela trouxe, dentre os resultados, a informação de que em um universo de mais de 8.000 (oito mil) monografias apresentadas no período, apenas 42 (quarenta e duas), ou seja, aproximadamente 0,5% delas, trataram da “decisão judicial” como tema central de estudo (CESTARI, 2016, p. 167).

Por outro lado, a pouca atenção dada ao movimento realista é atribuída, entre outras, pela circunstância de seguirmos uma tradição jurídica própria do sistema europeu continental, notadamente francês, alemão e português. Faltaria uma familiaridade com os trabalhos sobre teoria do direito e filosofia do direito desenvolvidos por autores que trabalham no sistema do *common law* (GODOY, 2013, p. 6), mesmo sobre assuntos que não estão diretamente associados às características próprias daquele sistema. É o que acontece com o realismo, que traz balizas para uma reflexão sobre a teoria da decisão judicial que podem ser aplicadas tanto para a tradição romano-germânica como para a do direito anglo-saxão.

E em relação ao estudo e difusão das teorias descritivas, de maneira geral, atribui-se a sua escassez à própria tradição no âmbito jurídico de se conceber o problema da decisão tão somente sob o aspecto da argumentação e fundamentação racional, exigidos, por exemplo, pela Constituição Federal (art. 93, inciso X). Com isso relega-se a questão da “tomada” da decisão a outros campos de estudos, como a sociologia e a psicologia. No âmbito do direito restaria apenas uma indevida confusão entre a justificação (fundamentação) com a decisão em si (LINS E HORTA, 2014, p. 44).

Além disso, o que se ensina nas faculdades de direito e se mantém de maneira geral no pensamento jurídico, acadêmico ou operativo, é que as decisões judiciais são representativas do sistema jurídico vigente, que elas são sempre pautadas na legalidade e nas regras jurídicas de forma geral.

Assim, é naturalmente compreensível a relutância em se admitir a influência de fatores extrajurídicos na tomada da decisão, pois sua aceitação implicaria na admissão de que a atividade jurisdicional não é necessariamente objetiva e imparcial, nem se limita o juiz a aplicar a lei. E essa conclusão leva ao questionamento sobre a própria noção de Estado de Direito, que fundamenta os sistemas político, social e jurídico.

As diretrizes curriculares nacionais dos cursos de direito estão previstas na Resolução CNE/CES nº 09/2004. Nela há menção a um eixo de formação fundamental que propicie a interação do direito com outras áreas do saber. Mas tais diretrizes funcionam, até pela sua generalidade, mais com sugestões do que como regras estritas e vinculantes.

O que vemos na prática é que predominam nas grades curriculares as disciplinas dogmáticas, prescritivas do direito, que conteriam as regras a serem aplicadas para solução hipotética de todos os casos possíveis de serem levados às cortes judiciais. Pouco espaço e atenção são dispensados à disciplinas zetéticas ou não profissionais, como a filosofia, sociologia, história e ciência política. E na maioria das faculdades não há possibilidade alguma de estudos mais interdisciplinares, com áreas como antropologia e psicologia.

Por consequência, os juízes responsáveis pelas decisões, assim como todos os demais profissionais do direito, formados que são pelas faculdades, são treinados nas teorias normativas do direito, e não recebem praticamente nenhum treinamento sobre julgamentos morais ou sobre os processos sociointuicionistas de tomada de decisão, sobre vieses (da confirmação, da ancoragem etc.), ou seja, sobre fatores extralegais que influenciam a decisão judicial.

Falta desenvolver em nosso ensino e pensamento jurídicos cotidianos uma teoria descritiva interdisciplinar da decisão. Precisamos de uma teoria construída a partir de pesquisas empíricas, que envolvam outros saberes (como a psicologia cognitiva e social, neurociência, antropologia, sociologia e filosofia experimental), que revelem como de fato se dá o processo de tomada de decisões, notadamente as judiciais. Isso tudo sob uma perspectiva realista, que reconheça a significativa influência de fatores extrajurídicos nas decisões, que são por vezes determinantes delas.

E essa teoria descritiva interdisciplinar precisa passar a integrar os currículos dos cursos de direito de forma substancial. Deve ser ensinada e transmitida de forma séria e não como perfumaria, não como uma disciplina que seja irrelevante para o futuro profissional do direito. Se os fatores extrajurídicos vêm se mostrando efetivamente importantes para as decisões judiciais, qualquer teoria que trabalhe com o funcionamento dos processos mentais decisórios e influências de tais fatores é essencial para os juristas.

Existe, portanto, justificativa para tratarmos de temas afetos ao realismo jurídico, não apenas pela lacuna ou escassez de trabalhos com este enfoque na academia e doutrina brasileiras, mas também pela sua ampla aplicabilidade no ensino, estudo, pensamento, pesquisa e prática do direito no país.

Em suma, compartilhamos a proposição de Patrícia Mello (2015, p. XX), no sentido de que é premente compreendermos como os juízes decidem e porque atuam de determinada maneira, antes mesmo de propormos como eles devem ou não agir. Pois é essa compreensão que permitirá o desenvolvimento de teorias normativas que sejam passíveis de uma aplicação concreta e efetiva.

Este capítulo tem como objetivo apresentar as premissas centrais do realismo jurídico,

enquanto teoria da decisão judicial. Apesar de ser possível abordá-lo também como uma teoria do direito ou como uma visão instrumental do direito (GREEN, 2005; NOJIRI; CESTARI, 2015; TAMANAHA, 2010, p. 70), esses enfoques extrapolam os desígnios do trabalho. Também não receberam maior atenção porque o realismo não atingiu grande repercussão e maior credibilidade enquanto “teoria do direito” (GREEN, 2005, p. 1918), tendo sim alcançado sua significativa maior importância como uma “teoria da decisão judicial”.

## 5.2 Realismo Jurídico Norte-Americano

Não são precisamente uníssonas as delimitações do movimento realista, nem em relação ao escopo de suas conformações teóricas nem em relação às pessoas que o integraram. Mas de maneira geral considera-se que o nascimento do realismo jurídico se deu com a publicação do livro *Law and the Modern Mind*, de Jerome Frank, em 1930 e dos artigos *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, de Karl N. Llewellyn (1930), *The Call for a Realist Jurisprudence*, de Roscoe Pound (1931) e *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound*, de Llewellyn, também em 1931 (TAMANAHA, 2009, p. 735).

Karl Llewellyn, no seu primeiro artigo sobre o tema (1930, p. 447–448), chamou a atenção para a divergência entre aquilo que a doutrina traz como regras do direito (*paper rules and rights*) e as regras e direitos reais, concebidas a partir do comportamento dos juízes e das cortes (*real rules and rights*). Com isso Llewellyn propôs, desde aquela época, que o ensino do direito deveria focar mais no comportamento efetivo dos juízes do que na letra da lei (FERREIRA, 2012, p. 24).

Os primeiros realistas norte-americanos como Karl Llewellyn e Jerome Frank, nos anos iniciais do movimento, eram professores no início de suas carreiras (TAMANAHA, 2009, p. 738). Muitos integrantes do movimento eram advogados, juristas e operadores do direito – e não propriamente filósofos do direito – que propunham uma reação àquilo que enxergavam como uma teoria jurídica formalista, de aplicação mecânica da lei pelos juízes (LEITER, 2002, p. 1).

O realismo trouxe em seu cerne algumas propostas centrais para a investigação do fenômeno jurídico. Entre elas está a utilização de pesquisas empíricas no direito, aptas a demonstrar que as proposições do direito posto não eram confirmadas pela prática dos tribunais.

Podemos sintetizar que o núcleo do realismo está na afirmação de que o direito não é o único nem o principal fator considerado numa decisão judicial.

Os realistas enxergam o direito como naturalmente indeterminado, especialmente nos

casos difíceis ou marginais, de forma que suas prescrições não levariam necessariamente a uma única decisão. Neste ponto se aproximam bastante do positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart, cuja teoria partiu da “textura aberta da linguagem” para concluir também por um alto índice de indeterminação e incompletude do direito em parcela relevante das situações, entendida como a dos casos difíceis (HART, 2009, 2013; MEYERSON, 2007, p. 65) .

Apesar de compartilharem com os positivistas a premissa de indeterminação do direito, deles divergem em relação à solução. A proposta positivista para se lidar com a indeterminação é o exercício de uma função criadora do direito pelos juízes e tribunais, com contornos de uma atividade legislativa, a que se chamou “discrecionabilidade” (HART, 2009, p. 326).

Já o realismo, justamente diante da indeterminação do direito, busca explicar as decisões dos juízes para além dele.

Entendem também os realistas que as razões legais não são suficientes para explicar porque os juízes decidem da forma como decidem. Por consequência, no processo de tomada da decisão judicial, os juízes responderiam mais ao estímulo dos fatos do caso do que à regras jurídicas em si (GREEN, 2005, p. 1918; LEITER, 2002, p. 3, 6 e 7).

Não apenas para os realistas, mas também para eles, fatores sociais externos e psicológicos internos dos juízes podem determinar as decisões morais e jurídicas (HAIDT, 2001; LEITER, 2002, p. 9; LINS E HORTA; COSTA, 2017).

Nesse sentido, o movimento realista foi bastante influenciado pelo “behaviorismo”, ou seja, pela área da Psicologia voltada ao estudo dos comportamentos. A partir desta perspectiva, parcela dos realistas pretendeu compreender o direito apreendendo como certos estímulos (cenários fáticos) causavam respostas no campo do direito, levando a certas decisões judiciais (LEITER, 2002, p. 2).

Brian Leiter (2002, p. 7–8) sintetiza as afirmações do realismo em três pontos:

- 1) ao decidir casos os juízes reagem aos elementos centrais dos fatos destes casos, independentemente de eles serem ou não juridicamente relevantes;
- 2) não que as regras jurídicas nunca afetem as decisões, mas elas geralmente têm pouco (ou nenhum) efeito, especialmente nos casos difíceis (geralmente aqueles casos que são objeto de recursos para apreciação em segunda instância);
- 3) as regras jurídicas são elaboradas de maneira muito abstrata e genérica, de forma que precisam ser reformuladas para serem aplicáveis de maneira mais específica em relação aos fatos.

Os realistas buscam uma explicação mais concreta da decisão judicial ao afirmar que os juízes, especialmente nos casos difíceis (geralmente aqueles com maior carga axiológica, e com

argumentos plausíveis para mais de uma solução distinta), decidem primeiro de acordo com fatos não relevantes ao direito, que poderiam ser encontrados nas ideologias, elementos culturais ou sociais, emoções, instintos, estratégias institucionais etc, ou seja, fatores extrajurídicos).

E no que tange às regras jurídicas, fundamentais para as teorias normativas da decisão, os realistas entendem que elas são apenas utilizadas em momento posterior, de justificação ou motivação racional e argumentativa das decisões já tomadas.

Nesse sentido, tanto as regras legais como os precedentes jurisprudenciais, robustecidos pelo linguajar técnico jurídico, seriam utilizados, ainda que inconscientemente, apenas para disfarçar as escolhas pessoais tomadas pelo julgador (MEYERSON, 2007, p. 96).

Ou seja, a preocupação maior dos realistas não era com a proposição de como o direito deveria ser, mas como ele de fato era; como de fato se dava a sua aplicação e funcionamento.

Contudo, eles não eram totalmente céticos em relação às regras jurídicas. Conforme admite Jerome Frank, as regras legais têm alguma influência sobre as decisões, só que serão apenas um dentre vários fatores que se misturam de forma incalculável:

Of course, the so-called legal rules have some effect. No person in his senses would argue that "it is impossible that the mind in reacting can be influenced by general propositions", or that the minds of judges are sometimes influenced somewhat by the particular type of "general propositions" called legal rules. But to recognize these truths is far from the equivalent of accepting the dogma that legal rules are the controlling factors affecting decisions. (1931a, p. 43).

[...]

The legal rules unquestionably have some effect on an honest judge while he is making up his mind how to decide a "contested" case. Many of the legal rules are so unsettled that their effect on the judge's thinking is vague; but, more important, the rules, however exact, are only one among the many kinds of influence which affect him while trying to reach his decision. The judge's knowledge of the rules combines with his reactions to the conflicting testimony, with his sense of fairness, with his background of economic and social views, and with that complicated compound loosely named his "personality," to form an incalculable mixture out of which comes the court order we call his decision. Thus it is specific, enforceable decisions (judgments, orders and decrees) which determine all legal rights and duties. Enforceable decisions, not legal rules. (1931a, p. 47)

Na verdade, os realistas até podiam acreditar que a melhor solução para as decisões judiciais deveria ser a observância ao *rule of law*.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Apesar de ser comum traduzir a expressão *rule of law* como “estado de direito”, pensamos que uma tradução mais apropriada nesse contexto seja a de “decisões ‘conforme o direito’ ou ‘conforme as regras estritas e o sistema jurídico’”.

Com a descrição do fenômeno jurídico os realistas não visavam a desacreditar o direito em si; não tinham a intenção pessimista de indicar que o direito é totalmente inútil pelo fato de não ser o elemento substancial das decisões judiciais. Ao contrário, o que os realistas pretendiam era sim identificar e denunciar que o mecanismo de tomada de decisão era complexo e envolvia, em grande parte dos casos, fatores estranhos ao direito.

Desta forma, tinham justamente o objetivo de reformular as regras jurídicas para que elas fossem menos genéricas ou abstratas e tivessem aplicação mais direta aos casos, diminuindo o espaço de indeterminação que leva à discricionariedade na decisão.

O movimento realista também objetivava – uma vez revelados quais fatores extrajurídicos tinham maior influência sobre o processo decisório – que pudessem ser desenvolvidos mecanismos aptos a diminuir essa influência, de forma que os juízes passassem a decidir de maneira menos enviesada e mais consentânea com as regras do direito.

Essa conclusão vai ao encontro da afirmação de Brian Tamanaha, em obra voltada à crítica da divisão estanque (geralmente aceita como fato) entre “formalistas” e “realistas” (2010, p. 68):

Another common misapprehension about the realists—a popular image that most legal historians know to be incorrect—is that they were radical skeptics about judging. They were not. Laura Kalman, in her historical study of the realists, put it concisely: “The realists pointed to the role of idiosyncrasy in law, but they believed in a rule of law—hence they attempted to make it more efficient and more certain.” Their goals were to explain and improve the predictability of law and judging, not to argue that judging was a fraud.

### *5.2.1 Duas vertentes do realismo*

Já dissemos que o núcleo do realismo estaria em não admitir o direito como único fator a determinar uma decisão judicial. E se essa é a convergência dos realistas, uma substancial divergência ocorreu na indicação de quais seriam os outros fatores relevantes para a decisão.

Para Karl Llewellyn, expoente da ala “sociológica”, as decisões seriam passíveis de previsão se considerados fatores e forças sociais, culturais e econômicos; elementos externos aos juízes, mas que incidem sobre eles para que decidam de determinada maneira.

Llewellyn buscou encontrar uma previsibilidade das decisões a partir do olhar para configurações institucionais das cortes e fatores estabilizantes da decisão, entendendo como alguns desses fatores, aptos a moldar a atividade judicial, tanto as tradições em que inserido o juiz, como a própria expectativa criada pelas pessoas em geral acerca da função e do papel de

um juiz (MEYERSON, 2007, p. 95–96).

Já a ala “idiosincrática”, representada por Jerome Frank, apostava que a maior influência sobre a tomada de decisão estaria em fatores internos, psicológicos dos juízes, inclusive a personalidade de cada um (LEITER, 2002, p. 9–14).

Para Frank o elemento pessoal era o fator central no processo decisório. Conforme ele mesmo enfatizou (1931b, p. 242), a teoria convencional (que aqui chamamos “normativa”) esquematiza que as regras jurídicas, combinadas com os fatos, levavam à decisão (Regras X Fatos = Decisão). Enquanto sua proposta era a de que os estímulos dos fatos que recaiam sobre o juiz, combinados com sua personalidade, determinavam a decisão (Estímulo X Personalidade do juiz = Decisão).

Justamente por entender pela primazia da personalidade ou de fatores idiosincráticos do juiz, Jerome Frank não acreditava na possibilidade de se prever fidedignamente qual seria o teor de uma decisão a ser tomada.

E também nisso dissentiu da ala sociológica, já que ela apostava na possibilidade de previsão das decisões a partir das determinantes sociais e institucionais que cercam o juiz. Para tanto, os realistas que admitiam alguma previsibilidade das decisões se baseavam no exercício prático da profissão de advogados que, com alguma experiência e tempo de atuação perante uma determinada corte ou juízo, conseguem aconselhar seus clientes e informá-los sob a expectativa de êxito ou derrota nas ações judiciais que serão decididas por um ou alguns determinados magistrados.

### *5.2.2 A paradoxal falta de comprovação empírica dos argumentos e críticas dos realistas*

Em resumo, o movimento realista foi muito importante para questionar com profundidade as construções teóricas e crenças sobre o funcionamento do processo de tomada de decisão. Ele escancarou que a despeito de bem construídos e lógicos os argumentos e proposições normativas sobre as decisões judiciais, na prática, a “adjudicação”, a atividade de aplicação e imposição do direito, não se dava em conformidade àquelas propostas.

Inclusive os realistas fizeram críticas abertas, diretas e severas, também ao ensino convencional do direito, pautado na indicação de aplicação ideal das regras e princípios estabelecidos na legislação ou doutrina:

If, in order to make teaching easier, law school teachers invent an unreal somewhat which they call "law", and delude themselves and their students

into accepting the learning of that unreal "law" as a preparation for the practice of law or the task of judging, they are shirking their obligations. (FRANK, 1931b, p. 260).

[...] substantive rights and rules should be studied not as self-existent, nor as a major point of reference, but themselves with constant reference to that area of behavior-contacts. (LLEWELLYN, 1930, p. 443).

Mas se o realismo, por um lado, desestabilizou em alguma medida as estruturas da academia e do exercício prático do direito, buscando desfazer e reconstruir toda uma convenção já tradicional sobre âmbito de pensamento e operacionalização da atividade de aplicação do direito, por outro lado foi muito limitado na comprovação empírica de suas afirmações.

Ou seja, paradoxalmente, a despeito de proporem a necessidade de uma análise empírica e realista da atuação dos juízes, não chegaram a realizar os estudos que confirmassem que os fatores extrajurídicos eram tão determinantes para as decisões judiciais. Não analisaram, por exemplo, os perfis políticos, culturais e econômicos dos juízes, nem fizeram correlações empíricas destes perfis com o teor das decisões.

### 5.3 Rumo ao Novo Realismo Jurídico

Terminamos o tópico anterior indicando as limitações do movimento realista. E é justamente a pretensão de superação dessas limitações, motivada pela presunção de que estavam corretas as formulações e proposições dos realistas, que deu ensejo a novos e contemporâneos movimentos.

#### 5.3.1 “*Critical Legal Studies – CLS*”

O movimento propriamente realista não continuou a repercutir com profusão além da década de 1930. Mas suas concepções centrais voltam à tona no cenário político, acadêmico e jurídico em outras circunstâncias, ainda que com consideráveis reformulações, como nas décadas de 1970 e 1980, com o movimento *Critical Legal Studies – CLS*.

O *CLS* combinou temas do realismo com ideologia política de esquerda, também enfatizando a indeterminação do direito. Contudo, se dissociou bastante do realismo quanto aos seus objetivos. Enquanto os realistas ainda apostavam no direito como instrumento para realização dos valores liberais, os críticos (“*crits*”) viam o direito como mecanismo de injustiça, que deveria ser deslegitimado (MEYERSON, 2007, p. 104–105).

Essa visão crítica do direito deriva da premissa assumida pelo *CLS* no sentido de que não existe nem razão nem uma racionalidade parcial, sendo que os significados que se extraem das expressões contidas nas regras jurídicas são construídos subjetiva ou socialmente, levando à conseqüente construção da realidade a partir de relações de poder e dominação (INGRAM, 2010, p. 229–231).

Tanto o realismo jurídico, como o *CLS* e o próprio positivismo jurídico, todos compartilham em alguma medida a ideia de indeterminação e vagueza das regras jurídicas, justamente em razão da abstração e multiplicidade de sentidos que podem ser atribuídos às expressões responsáveis pela conformação dessas regras.

### *5.3.2 A indeterminação – uma discussão sobre as intersecções e possíveis divergências de premissas do realismo jurídico e do construcionismo social – o direito e a psicologia social – revisão bibliográfica*

E neste ponto compartilhado pelo realismo jurídico – voltado à afirmação da indeterminação das palavras e regras jurídicas expressas por elas – encontramos uma clara confluência de uma premissa realista com as premissas do construcionismo social, modelo já apresentado em capítulo anterior, usualmente utilizado em investigações da área da psicologia social.

O próprio realismo jurídico já anunciava a necessidade de aproximação com outros ramos do conhecimento, como forma de se buscar compreender o processo de tomada das decisões judiciais a partir de uma perspectiva realista e não de uma pura concepção normativa ideal, dissociada de elementos que efetivamente indiquem como ele ocorre e quais as causas que justificam seus resultados.

Adotamos, portanto, como referenciais teóricos à pesquisa, premissas de ambos os movimentos, tanto, no campo da teoria do direito, o realismo jurídico, como no campo da psicologia social, o construcionismo social.

Nos limitamos a dizer que adotamos premissas e não os movimentos (realismo e construcionismo) em suas totalidades, por três razões. Primeiro porque o realismo jurídico não é um movimento uníssono. Vários historiadores e teóricos do direito divergem em alguma medida na delimitação de quais seriam as efetivas proposições do realismo. Além da natural divergência entre as alas do realismo (como a sociológica e a idiossincrática), foram feitas mais de uma leitura do movimento, inclusive algumas que nos parecem equivocadas, como a que atribuiu aos realistas um completo ceticismo em relação às regras jurídicas. Também está longe

de se alcançar um consenso sequer em relação a quem seriam os integrantes do movimento, ou seja, quais juristas ou autores poderiam ser classificados como realistas (TAMANAHHA, 2009, p. 735–736).

Temos ainda um segundo motivo. Inicialmente vislumbramos a possibilidade (e não a conclusão) de haver algumas incongruências entre as duas propostas, se consideradas ao extremo. O realismo, ao propor uma teoria da decisão judicial amparada em fenômenos concretos, parece indicar a crença na existência de uma “realidade” ontológica, de uma explicação verdadeira de como as coisas efetivamente se dão no transcorrer do processo de tomada de decisões.

Já o construcionismo social traz consigo a ideia de que, a despeito da existência de uma realidade naturalística, a realidade social seria construída pelas palavras utilizadas e pelos discursos travados em determinados contextos históricos e culturais, como resultado de relações de poder. O construcionismo leva a um maior ceticismo em relação à existência de uma verdade totalizante.

Mas se de alguma forma há indícios de divergências, elas não nos parecem insuperáveis. A própria ala sociológica do realismo direcionou suas manifestações no sentido de que as decisões são tomadas por fatores externos (e não internos ou idiossincráticos) ao juiz, como ideologias políticas e econômicas, configurações institucionais, tradições culturais e forças sociais de maneira geral. Todos fatores que recebem significados e são construídos socialmente.

As ideologias e tradições não advém do nada. Elas são construídas a partir de relações interpessoais. Portanto, simultaneamente às impressões de incongruências entre os movimentos, também nos parece haver, de maneira até mais forte, um amplo espaço para interações teóricas e aplicadas entre eles.

De qualquer maneira, a pretensão de uma conclusão pela efetiva confluência ou dissonância entre as propostas do realismo jurídico e do construcionismo social dependeria de uma investigação e análise teóricas mais profundas e completas de ambos os movimentos. Porém, uma análise com essa abrangência foge ao escopo deste trabalho e poderia ser objeto de uma pesquisa própria.

Além do mais, neste campo não temos qualquer amparo acadêmico prévio, já que praticamente não há qualquer estudo interdisciplinar que busque a análise conjunta, muito menos de correlações, entre o construcionismo social e o direito. E mais precisamente com relação ao construcionismo social e o realismo jurídico, acreditamos, pelos levantamentos realizados até o momento, que este se trata de trabalho inédito.

Fizemos várias buscas combinando de diferentes maneiras as chaves, “american legal

realism”, “legal realism”, “social constructionism”, “law” e “social psychology”, em bases de dados como *Social Science Research Network*<sup>12</sup>, *Web of Science*<sup>13</sup>, *Hein Online*<sup>14</sup>, *IUSData*<sup>15</sup>, *Jstor*<sup>16</sup>, *PsycNET (APA)*<sup>17</sup> e *Pepsic*<sup>18</sup>.

Nessas buscas encontramos alguns poucos artigos que relacionavam o construcionismo social ao direito, mais especificamente às seguintes temáticas:

- uma análise pós-moderna da filosofia do direito (SANDU, 2010);
- a construção de categorias sociais (raça, gênero e sexualidade) e as ações afirmativas no direito constitucional (FERNANDEZ-SILBER, 2013);
- a eleição e proteção de determinadas práticas sociais pelo direito de família (REGAN, 1993);
- a compreensão das ciências humanas em geral, e do direito em particular, a partir de várias vertentes teóricas ligadas à construção social (MERTZ, 1994);
- movimentos sociais e a construção social dos direitos humanos (STAMMERS, 1999);
- a construção de argumentos construcionistas em processos judiciais que buscam reparações por discriminação (GOLDBERG, 2002);
- a utilização do construcionismo social na busca de respostas na área da criminologia, como o próprio conceito de crime (LINDGREN, 2005)

Mas por outro lado, não foi encontrado nenhum artigo que trouxesse alguma correlação explícita entre o realismo jurídico e o construcionismo social. O que, ao mesmo tempo, configura uma limitação para uma abordagem mais profunda dessa correlação, mas deixa um campo inexplorado e fecundo para um trabalho inédito e preliminar que considere a interação dos dois movimentos como referenciais para a análise dos dados decorrentes da pesquisa empírica realizada.

Por fim, o terceiro e mais objetivo motivo para afirmarmos que não tomamos os dois movimentos como referenciais teóricos em suas integralidades, diz respeito à principal razão de escolha do paradigma construcionista: o método da produção de sentidos.

Como explicitado no capítulo próprio à produção de sentidos, este é um método que

---

<sup>12</sup> <https://www.ssrn.com>

<sup>13</sup> <https://login.webofknowledge.com/>

<sup>14</sup> <http://heinonline.org/HOL/Welcome>

<sup>15</sup> <http://143.107.2.22/w2sdi.htm>

<sup>16</sup> <http://www.jstor.org/>

<sup>17</sup> <http://psycnet-apa-org.ez67.periodicos.capes.gov.br/>

<sup>18</sup> <http://www.psi.bvs.br/php/index.php>

vem sendo desenvolvido no bojo do construcionismo social. Portanto, para sua utilização, não poderíamos ignorar os paradigmas teóricos que dão contornos e fundamentos ao método.

Além disso, utilizamos o método da produção de sentidos, neste trabalho, com um foco e uma delimitação específicos: apenas para a análise dos processos de produção de sentidos, pelos juízes, em relação às decisões de decretação de prisões preventivas.

Acreditamos que o emprego do método e a posterior leitura dos sentidos produzidos pelos magistrados acerca do processo de tomada – desse grupo limitado e próprio – de decisões (prisões preventivas) criaria condições de análises qualitativas também acerca dos possíveis fatores relevantes de influência e conformações desse processo.

Assim, em razão dessas escolhas, motivos e limites na utilização da produção de sentidos (e por consequência do construcionismo social), entendemos não existir incongruências em sua aplicação conjunta com premissas do (novo) realismo jurídico.

### 5.3.3 *Novo realismo jurídico*

Como expusemos antes, apesar da proposta realista de se buscar, por pesquisas empíricas, os fatores extrajurídicos que influenciam a decisão (sejam os fatores psicológicos internos, sejam os fatores sociais externos à pessoa do julgador), os primeiros realistas não realizaram efetivamente essas pesquisas. Provavelmente porque não havia suporte tecnológico nem métodos de outras ciências, médicas, naturais ou sociais aplicadas, que estivessem avançados o suficiente para realizá-las, ou ao menos porque os realistas não se apropriaram suficientemente das técnicas e conhecimentos de outras áreas à época.

De qualquer forma, desde o ano de 2004, a partir de uma conferência realizada na Universidade de Wisconsin, há um movimento de alguns professores de importantes escolas de direito dos Estados Unidos, intitulado *New Legal Realism*.<sup>19</sup>

O “novo realismo jurídico” compartilha e visa a resgatar as premissas do “antigo” realismo, mas propõe com maior ênfase o emprego de investigações interdisciplinares do complexo fenômeno jurídico.

Além disso, como indicado por Bryant Garth e Elizabeth Mertz (2016, p. 121) – em artigo escrito como consequência de um simpósio realizado em 2014, na Universidade da

---

<sup>19</sup> Um compilado de textos e materiais em outras mídias, tanto sobre o movimento como sobre temas correlatos, podem ser encontrados no site: <http://newlegalrealism.org/>. O movimento também disponibiliza materiais no Facebook (<https://www.facebook.com/NewLegalRealismProject/>) e Twitter (<https://twitter.com/NewLegalRealism>)

Califórnia, em comemoração aos dez anos da primeira conferência do movimento – o *New Legal Realism* surge como decorrência de demandas anteriores (àquela conferência de 2004) da academia jurídica no sentido da necessidade de se voltar maior atenção às ciências sociais, especialmente para a integração entre o direito com as técnicas de pesquisa empírica daquele campo. Dentre essas demandas citam, por exemplo, o desenvolvimento de uma teoria sociojurídica realista, a importância da utilização de abordagens quantitativas na pesquisa jurídica e a não limitação aos métodos clássicos usuais na área do direito.

O novo realismo jurídico, além de ter suas origens fincadas no realismo, justamente por buscar reavivar a integração entre a pesquisa e ensino do direito com as ciências sociais, compartilha ideias e advém da tradição de outro movimento da academia jurídica americana, da segunda metade do século XX: o *Law and Society*.

A relação entre o *New Legal Realism* (NLR) e o *Law and Society* (L&S) não é apenas ideológica ou epistemológica. Alguns acadêmicos representantes do movimento L&S e membros da *Law and Society Association*<sup>20</sup> figuram como fundadores e articuladores NLR.

Michael McCann, autor do prefácio do primeiro livro editado no bojo do movimento do novo realismo jurídico, analisa que a relação entre o NLR e o L&S não é uma relação de competição, mas de integração e reforço. O NLR compartilha a tradição do L&S ao buscar uma abordagem multidimensional para uma análise mais sofisticada do comportamento jurídico – do *law in action* (ou seja, da revelação prática e cotidiana do direito) – realizando pesquisas empíricas com um embasamento teórico sólido das ciências sociais. Em ambos são valorizadas pesquisas empíricas tanto qualitativa como quantitativa (MERTZ; MACAULAY; MITCHELL, 2016, p. XIII–XVI).

Segundo o mesmo autor, ex-presidente da *Law and Society Association*, o movimento L&S não influenciou a academia jurídica de maneira suficientemente ampla. De forma que a pretensão do NLR seria de retomar a ideia da pesquisa sociojurídica e amplificar seu impacto tanto no ensino do direito como nas pesquisas da área.

Por outro lado, para McCann, o NLR seria uma evolução em relação a outros movimentos contemporâneos ao L&S, como o *Law and Economics* (L&E) e o *Empirical Legal Studies* (ELS), buscando transcender as limitações que são apontadas para eles: de um lado o ELS focado no empiricismo de dados quantitativos, com pouca teoria para subsidiar os estudos; e de outro o L&E, amparado em teorias dedutivas, com pouca atenção à coleta sistemática de dados (MERTZ; MACAULAY; MITCHELL, 2016, p. XIII–XIV).

---

<sup>20</sup> Informações sobre a associação L&S podem ser encontradas em: <http://www.lawandsociety.org/>.

Em suma, o “novo e atual realismo jurídico” aposta na pesquisa empírica e interdisciplinar acerca do universo que gira em torno da aplicação do direito, seja ela quantitativa ou qualitativa, com a utilização dos instrumentos e conhecimentos das demais áreas das ciências sociais, como a ciência política, economia, antropologia, história e psicologia, que ainda não estavam disponíveis ou não foram assimilados pelos juristas na época dos primeiros realistas (ERLANGER et al., 2005, p. 339; GARTH; MERTZ, 2016, p. 123; MCEVOY, 2005, p. 448; MILES; SUNSTEIN, 2007, p. 4).

E dentre os campos de estudos e propostas do novo realismo jurídico encontramos a análise de temas como os fatores não racionais que incidem sobre processos decisórios. Também estão na pauta do movimento os estudos sobre vulnerabilidades sociais e a conformação, tanto do Estado como do Direito como propulsores de desigualdades.<sup>21</sup>

#### **5.4 Algumas pesquisas empíricas recentes e de matriz realista sobre a tomada de decisão (judicial)**

Neste tópico apresentamos algumas pesquisas empíricas realizadas nos últimos anos, acerca do processo de tomada das decisões em geral, das decisões morais e das decisões judiciais. Estes estudos servirão de parâmetro de comparação ou fundamentação dos resultados da nossa pesquisa.

Acerca dos julgamentos morais, que estão diretamente ligados aos julgamentos jurídicos, o americano Jonathan Haidt realizou vários estudos, em parcerias com diferentes pesquisadores, visando a verificar se as decisões morais eram tomadas por fatores racionais ou de mera intuição. Um compilado destes estudos com suas conclusões pode ser encontrado no artigo *The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment* (HAIDT, 2001).

Dentre estes estudos um foi realizado em conjunto com duas pesquisadoras brasileiras da UFRGS e UFPE, tomando como participantes da pesquisa brasileiros e americanos (HAIDT; KOLLER; DIAS, 1993). Foram apresentadas situações aos participantes que, apesar de ofensivas, não causavam danos: como comer a carne do seu próprio cachorro já morto, limpar o banheiro com a bandeira nacional ou comer a carcaça de um frango utilizado por alguém para ato de masturbação. E as histórias foram meticulosamente controladas em suas peculiaridades

---

<sup>21</sup> Essas propostas atuais do *New Legal Realism* constam do *site* do movimento. Disponível em: <<http://newlegalrealism.org/about/complex-vulnerable-subjects/>>. Acesso em 22 maio. 2018.

para que realmente não fossem encontradas possibilidades de danos.

Mesmo não havendo qualquer dano nas situações indicadas, os participantes insistiram em dizer que tais ações eram universalmente erradas. Basicamente as pessoas não sabiam dizer com argumentos racionais o porquê de a situação ser “errada”, mas tinham a íntima convicção nesse sentido, não alterando a decisão mesmo diante de argumentos racionais em sentido contrário.

Com isso a conclusão do estudo foi no sentido de que as reações afetivas e intuitivas dos participantes eram muito mais determinantes para seus julgamentos morais do que processos racionais de reflexão e julgamento. E isso porque haveria dois sistemas de processamento, trabalhando em paralelo na mente de uma pessoa durante um julgamento moral: um primeiro intuitivo e rápido e um segundo racional e devagar, sem que o último consiga sobrepujar o primeiro na maioria das decisões cotidianas.

Vários estudos sobre esse sistema dual de processamento e tomada de decisão foram realizados pelos psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky. Em 2017 essa mesma linha de investigação rendeu o prêmio Nobel de Economia a Richard Thaler, em razão de seus estudos de economia comportamental, indicativos de que as decisões econômicas não são tomadas por fatores racionais.

Da mesma forma que as decisões morais e econômicas não são tomadas de maneira completamente racional, temos elementos para apostar que as decisões jurídicas, tomadas pelos mesmos processos mentais, também não o sejam. Até porque, especialmente nos casos difíceis, moralmente carregados (como aqueles que discutem, por exemplo, igualdade racial e de gênero, liberdade de expressão e direito à intimidade, aborto de fetos anencefálicos etc), o julgador normalmente não encontrará solução em material jurídico, mas em material extrajurídico, como o julgamento moral (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 185).

Com o auxílio da ferramenta *HistCite* realizamos uma análise bibliométrica a partir de uma coleta filtrada de 301 trabalhos sobre o realismo jurídico, feita na base de dados *Web of Science*. E dentre os artigos mais referenciados nos últimos anos está o trabalho intitulado *Extraneous factors in judicial decisions* (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011).

Neste estudo empírico realizado por pesquisadores israelenses foram investigados quais fatores eram os principais determinantes para decisões de concessão ou não de livramento condicional a presos. Foram analisadas 1.112 audiências de pleiteantes do livramento, com as consequentes decisões. A conclusão do estudo foi de que o fator preponderante não estava nas regras jurídicas, nem na natureza dos crimes praticados pelos requerentes, nem na raça ou perfil socioeconômico dos presos, nem mesmo nas opiniões políticas ou ideologias dos 8 juízes e

juízas responsáveis pelos casos. O principal fator era uma situação totalmente irrelevante do ponto de vista jurídico: a sequência das decisões!

Verificaram que a concessão do livramento era relativamente alta no início das audiências e ia caindo de forma uniforme com o passar dos trabalhos, de forma que as derradeiras audiências resultavam em maior percentual de negação dos pedidos. E, após os juízes fazerem pausas para descanso, que sempre coincidiam com momentos de alimentação (almoço e lanche), os magistrados voltavam a decidir com maior frequência em favor dos presos, em níveis semelhantes aos do começo do dia. Em conclusão, confirmaram uma premissa do estudo, a de que ao proferir sucessivas decisões repetitivas os juízes têm uma maior tendência a julgarem a favor da manutenção do *status quo*. E, no caso, como o estado dos pleiteantes era o de pessoas já encarceradas, com a repetição das decisões em um mesmo período do dia, a tendência passava a ser de que eles fossem mantidos presos.

Outra pesquisa conduzida na Alemanha (ENGLICH; MUSSWEILER; STRACK, 2006) realizou 4 (quatro) diferentes estudos envolvendo mais de uma centena de advogados, juízes, promotores e pós-graduandos em direito, com diferentes anos de experiência profissional. As metodologias e resultados são detalhadamente descritos no artigo citado, mas podemos sintetizar que esses estudos revelaram: 1) a influência potencial nas decisões de uma simples pergunta sugestiva, acerca da quantidade de pena que seria aplicada, feita por um jornalista ao julgador; 2) a influência dos parâmetros quantitativos de pena utilizados numa única sentença anterior, escolhida aleatoriamente e apresentada ao julgador; e 3) que um simples jogar de dados pelo julgador imediatamente antes da tomada de decisão pode resultar em penas mais altas ou mais brandas, a depender do número sorteado nos dados.

Esta pesquisa propiciou a conclusão de que apesar de se esperar, conforme parâmetros normativos, que os processos judiciais, especialmente os criminais, tenham seus resultados dependentes dos fatos discutidos, na realidade eles não estão imunes a questões aleatórias. Os julgamentos são muito influenciados por fatores como a sorte e o viés da ancoragem, e esse resultado independia da maior ou menor experiência profissional, escolaridade ou treinamento para a carreira jurídica.

As conclusões de todos estes estudos empíricos anteriores fundamentam a nossa investigação em busca de fatores extrajurídicos sobre a decisão judicial relativa à prisão preventiva.

### **5.5 Síntese dos principais paradigmas realistas úteis para a análise dos dados coletados na pesquisa empírica**

A coleta de dados desta pesquisa consistiu em dez entrevistas semiestruturadas com juízes federais e estaduais, realizada a partir de um questionário que buscava colher suas opiniões, valores e sentidos sobre pontos relacionadas à temática da decretação e aplicação das prisões preventivas no Brasil. A partir das suas respostas buscamos depreender, através de uma análise qualitativa, a influência de fatores extrajurídicos na tomada de decisões judiciais específicas: decretações de prisões cautelares.

No contexto de apresentação do realismo e do novo realismo jurídico, extraímos e sintetizamos alguns paradigmas pertinentes à análise dos resultados obtidos a partir da pesquisa empírica realizada:

- 1) a análise empírica das decisões judiciais pode revelar que elas não são tomadas por razões estritamente jurídicas;
- 2) o direito não é nem o único nem o principal fator determinante da decisão judicial;
- 3) fatores sociais (culturais, econômicos, institucionais etc) externos e psicológicos internos dos juízes são determinantes;
- 4) a despeito de ser desejável que as decisões judiciais sejam estritamente racionais, não é isso que acontece;
- 5) o direito é naturalmente indeterminado;
- 6) as regras jurídicas servem para justificar racionalmente uma decisão tomada anteriormente, a partir de critérios não jurídicos (disfarçando escolhas pessoais);
- 7) o ensino do direito deve focar mais no comportamento dos juízes do que na letra da lei;
- 8) é necessário o emprego de pesquisas empíricas em direito, já que as proposições do direito posto não são frequentemente confirmadas pela prática dos juízes e tribunais;
- 9) há que se valorizar a realização de pesquisas interdisciplinares sobre o fenômeno jurídico, promovendo a integração entre o direito e técnicas de pesquisas das ciências sociais, como a psicologia;
- 10) devem ser promovidas tanto pesquisas quantitativas como qualitativas na busca de compreensão da aplicação prática do direito;
- 11) é pertinente a investigação sobre as aplicações do direito e as ações do Estado que são mantenedoras e propulsoras de vulnerabilidades sociais.

Os quatro primeiros paradigmas, justificam, autorizam e alicerçam o trabalho de busca

de fatores extrajurídicos nas decisões, através da nossa pesquisa empírica.

A quinta e sexta premissas são pertinentes à análise dos resultados obtidos através da entrevista, especialmente na discussão de como se conforma a relação entre a tomada da decisão judicial e o direito posto.

Por sua vez o sétimo e oitavo paradigmas têm importância quando assumimos que o ensino do direito não pode ser desvinculado das pesquisas jurídicas e estas devem ter compromisso com a aplicação concreta do direito, mais do que com teorias que não reflitam o cotidiano e o universo nem dos profissionais e instituições jurídicas, nem dos jurisdicionados (destinatários do direito “em ação”).

E a presente pesquisa vai ao encontro da nona e décima características, que extraímos principalmente do novo realismo jurídico, na medida em que buscamos uma metodologia qualitativa de análise de dados, a produção de sentidos, convencionalmente utilizada na psicologia social, para tentar melhor compreender o fenômeno da aplicação cotidiana do direito.

Por fim, a última proposta, também ínsita ao novo realismo jurídico, guarda coerência com a nossa eleição de problema a ser investigado: o das prisões preventivas no Brasil, e em que medida o instituto jurídico da prisão provisória, realizado por uma ação estatal (o encarceramento e o sistema carcerário), podem acabar se prestando a mecanismo mantenedor e propulsor de vulnerabilidades sociais.

## 6 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS – APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Este capítulo contém a apresentação dos resultados e inferências a partir dos dados obtidos em decorrência do trabalho de campo da pesquisa empírica.

Mas antes da análise propriamente dita, indicaremos como se deu esse processo de tratamento dos dados.

### 6.1 Etapas do procedimento – categorização, inferência e interpretação

Como já informado, analisamos 10 (dez) entrevistas, que totalizaram 7 horas e 53 minutos, que por sua vez redundaram em 140 (cento e quarenta) páginas de transcrição. Tratou-se de uma quantidade considerável de dados, em razão do que realizamos a análise com o auxílio de um programa específico para análises qualitativas, o Atlas.ti, versão 8.0.

Para fins de organização e também porque essa divisão será útil na discussão dos resultados, os juízes federais e estaduais foram reunidos em dois grupos distintos.

O passo inicial que permitiu a análise do conteúdo das práticas discursivas representadas pelas entrevistas foi o da *categorização*. Precisamos dividir o material em categorias de análises ou blocos temáticos.<sup>22</sup>

Para a formação das categorias de análise fizemos leituras flutuantes das transcrições das entrevistas, atribuindo um código a cada trecho de fala, a cada assunto discutido entre pesquisador e entrevistado. Esses códigos consistiram em expressões curtas, poucas palavras que indicassem e sintetizassem o assunto. Nesse procedimento observamos a regra da exaustão, que demanda uma análise da totalidade dos documentos.

Foi a alocação de elementos textuais nos divisores de cada código que indicou a presença de determinado tema no objeto em análise. Desta forma, ao longo das 10 (dez) transcrições foram elaborados 36 (trinta e seis) códigos. Eles se repetiram e se alternaram nas entrevistas, conforme alguns temas foram construídos recorrentemente nelas, ainda que de maneiras e com posições muito distintas. E alguns códigos não chegaram a ser incluídos em nenhuma categoria de análise, não sendo considerados na análise.

Posteriormente, com a reunião dos códigos semelhantes, ou de proximidade temática, passamos à elaboração das categorias de análise propriamente ditas (grupos de códigos). Nem

---

<sup>22</sup> Sobre as razões para decomposição do material em categorias e a sua utilidade, vide tópico 3.4 – do Capítulo “Questões Metodológicas”.

todos os códigos foram efetivamente utilizados neste processo. Precisamos restringir àqueles que guardavam relação mais direta com os propósitos da pesquisa, visando a evitar um alargamento demasiado da análise.

É importante destacar que cada criação de código ou categoria não esteve isenta de um subjetivismo do pesquisador. Além disso, elas já consistiram num primeiro e rudimentar ato de interpretação.

Antes de iniciarmos o trabalho com os dados coletados havíamos idealizado quatro categorias de análise, que guardavam relação com os objetivos da pesquisa: 1) significados e sentidos da prisão preventiva para os magistrados; 2) alcance das situações admitidas para a prisão preventiva; 3) fatores extralegais de possível influência nas decisões; e 4) fatores legais substancialmente influentes.

Mas a leitura e codificação das transcrições revelaram uma complexidade muito maior nos sentidos construídos, de forma que os extratos das transcrições não se encaixariam de maneira objetiva e simples nessas quatro categorias. Desta forma, as categorias foram reestruturadas e redefinidas, agora levando em consideração não só a pertinência aos objetivos da pesquisa, mas também aos referenciais teóricos considerados no trabalho, bem como a proximidade entre os vários códigos reunidos.

A partir da presença e também da recorrência dos conteúdos, passamos a uma etapa seguinte, a *inferência*, que é a de dedução de conhecimento a partir dos elementos categorizados e marcados.

Por fim, sucedeu a etapa da *interpretação* em que atribuímos significados aos discursos. Nessa fase tentamos identificar as causas e efeitos dos enunciados nos textos analisados, a partir da contextualização dos interlocutores (juízes entrevistados) enquanto atores sociais.

## **6.2 Resultados e inferências a partir das categorias analíticas – sentidos sobre a prisão preventiva**

Passaremos a descrever a composição das categorias de análise (ou blocos temáticos) e os resultados obtidos em cada um desses grandes grupos de códigos.

Esclarecemos que as menções à totalidade das citações livres de cada categoria divergem das somas das citações de cada código, em razão de algumas citações terem sido relacionadas a mais de um código. Por fim esclarecemos também que em regra faremos a citação e a reprodução apenas de trechos das respostas dos entrevistados. Mas quando for necessária a contextualização da resposta para a melhor compreensão, também reproduziremos

a pergunta, precedida da expressão “- Pesquisador:” e a resposta subsequente precedida da expressão “- Entrevistado X:”.

Foram estabelecidas três categorias analíticas: 1) Os propósitos e as finalidades da prisão preventiva; 2) Como os juízes enxergam a utilização da prisão preventiva pelo Judiciário; e 3) Fatores e circunstâncias considerados para decretação ou manutenção da prisão preventiva. Passaremos aos resultados de cada uma delas.

### 6.2.1 Os propósitos e as finalidades da prisão preventiva

A primeira categoria de análise estabelecida foi a dos “propósitos e finalidades da prisão preventiva”. Os resultados que trazemos em relação a esta primeira categoria de análise decorreram da reunião de apenas 3 códigos, que abrangiam 26 citações livres (trechos selecionados das transcrições das entrevistas), descritos na tabela abaixo:

Tabela 1 - Lista de códigos atribuídos à categoria de análise "propósitos e finalidades da prisão preventiva" e número de citações livre (trechos) atribuídas a cada código

<b>Código</b>	<b>Recorrência em citações</b>
1 ordem pública	13
2 propósitos da preventiva	9
3 desvirtuamentos na finalidade da preventiva	6

Fonte: Elaborada pelo autor

Verifica-se aqui que um mesmo código (“ordem pública”) serviu para compor tanto a categoria “fatores e circunstâncias considerados para decretação da prisão preventiva” como a categoria “propósitos e as finalidades da prisão preventiva”.

O código foi atribuído a mais de uma categoria porque os sentidos construídos pelos participantes acerca do conteúdo de “ordem pública” ao mesmo tempo indicavam a consideração deste elemento como fator para decretação da prisão e também revelavam quais eram, nos seus discursos, os propósitos que vinham vislumbrando para a prisão preventiva atualmente.

Essa categoria de análise inicial traz discursos que foram produzidos durante a coleta de dados em sentidos bastante divergentes.

A ideia mais recorrente foi parcialmente coincidente com os fundamentos previstos na regra legal que disciplina a matéria, ou seja, no artigo 312 do Código de Processo Penal

(garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Em relação à “ordem pública” o juiz 1 explicita sua visão acerca da abstração de sentido para este termo, indicando a consciência de que essa imprecisão acaba por permitir uma “boa ou má” utilização casuística do fundamento em cada decisão pela prisão ou liberdade de alguém:

A ordem pública é aquela coisa... não tem sentido preciso isso, isso é normal também, é igual essa situação, a lei não prevê a situação dessa pessoa que eu te disse aqui, às vezes isso pode ser utilizado para um lado ou para outro, esses conceitos que não são muito precisos, e que assim, a legislação é normal que tenha esse tipo de conceito, né? O que eu sugiro, pra quem é contra esse tipo de conceito abstrato, na legislação penal, é fazer uma...uma...sei lá, um movimento, um trabalho de conscientização pra simplesmente tirar isso como fundamento pra decretação de prisão preventiva, porque você pode ter um uso bom ou um uso mau disso aí, né? [...].

Para o juiz 2 as finalidades apresentadas para a prisão preventiva seriam, a princípio, a de garantia da instrução criminal e de aplicação da lei penal:

[...] a prisão preventiva, como disciplinada no Código de Processo Penal, já tem uma boa estrutura legal, ela já prevê, é... as situações em que deve acontecer a prisão preventiva, como no caso de risco de evasão do indiciado ou do réu, como no caso de risco de prejuízo à instrução criminal como ameaça à testemunhas, destruição de documentos. Eu acho que não há necessidade de mais textos legais falando sobre isso.

Independentemente – para este momento da análise – da sua visão sobre a deturpação recorrente da prisão preventiva no país, o juiz 3 constrói o sentido das finalidades desta modalidade de prisão reafirmando parte dos fundamentos legais ao se referir à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Não obstante, ele de pronto já acrescenta um outro fim não previsto na norma, a ideia de proteção da integridade física do próprio acusado:

O primeiro ponto que eu percebo é uma disvirtualização das finalidades da prisão preventiva previstas na lei e na Constituição, feito pra garantir ordem pública, pra garantir aplicação da lei penal, e até mesmo pra garantir a integridade física de um réu. Por exemplo, em caso de grande comoção precisa ir preso, porque se ele for solto as pessoas vão matá-lo, né, na rua ou em qualquer lugar que ele se encontre [...].

Essa manifestação de preocupação em se garantir a integridade de uma pessoa com sua prisão provisória não vem acompanhada de nenhuma reflexão sobre a existência de medidas

protetivas de segurança, nem sobre a vontade da pessoa em ser “protegida” por meio da sua colocação no ambiente pernicioso do cárcere.

Em continuidade na coconstrução de uma reflexão sobre os fins da preventiva, o mesmo participante 3 admite que a noção de ordem pública comporta um tamanho subjetivismo ao ponto de poder ser manipulada por juízes na decretação de prisões arbitrárias. Ele cogita a possibilidade, inclusive, dessa manipulação semântica se prestar a decisões seletivas, que levem em consideração o pertencimento do jurisdicionado a um determinado grupo. Foi exemplificada a utilização da ordem pública como fundamento para se prender usuários de drogas, quando, antes de 2006, a lei admitia a pena de prisão para o crime de porte de entorpecentes para uso próprio:

[...] ela é um conceito amplo que pode ser manipulado às vezes, inclusive pra justificar prisões arbitrárias, né, isso é manifesto, ele tem um conceito estrito e tem um conceito amplo, depende do juiz, o que ele vai entender por garantia da ordem pública, né, pode ser manipulado, pode ser manipulado...

- Pesquisador: E o senhor consegue vislumbrar outras situações em que há essa manipulação, que se utiliza a ordem pública pra decretação da prisão? Através de uma manipulação, situações mais concretas, o senhor consegue pensar em outras?

- Entrevistado 03: Pra garantia da ordem pública? Ah, eu não sei se algum juiz pode usar isso sociologicamente, né, prender determinados grupos de pessoas, soltar outros...

- Pesquisador: O senhor via alguma coisa assim?

- Entrevistado 03: Por exemplo, o caso da cracolândia é um caso emblemático, né, as pessoas são usuárias de droga, a legislação não prevê mais a punição pro usuário, né? A partir do momento em que ela deixou de prever a punição pro usuário, surgiram as cracolândias, né, [...] então nós temos as cracolândias e vamos conviver com elas por muito tempo, e isso é um caso em que antes era usado, às vezes, a prisão preventiva como garantia da ordem pública, mais no aspecto sociológico.

A imprecisão do que venha a ser a “ordem pública” também é coconstruída pelo juiz 4, ao refletir pela pertinência ao menos de uma exemplificação na legislação, que desse contornos delimitativos a ela:

Pois é... isso é muito difícil, é, eu acho que talvez o dispositivo do CPP, que preveja a ordem pública como uma hipótese de decretabilidade de prisão preventiva, mereça alguns parágrafos mais explicativos, é... é aquele drama que o legislador tem, se ele descreve muito, ele deixa faltar hipóteses que talvez lhe escapasse à memória naquele momento, se ele abre muito fica muito vago, então talvez acho que uma técnica legislativa interessante seria manter a ideia de ordem pública, e talvez nos parágrafos dar exemplificações; então, por exemplo, parágrafo único ou parágrafo primeiro ou parágrafo segundo, são exemplos de ameaça à ordem pública, é... a elevada reiteração no mesmo tipo penal ou em tipos análogos, é...a existência prévia de laudos

criminógenos, é... produzidos por institutos públicos, que demonstrem que o acusado é um sociopata, ou seja, ele tem alta propensão de reiteração criminógena. Talvez assim, trazer situações que fechem essa cláusula muito aberta, não é?

E nessa linha, o participante 4 também traz aquilo que ele vem considerando acerca da ordem pública ao longo da sua atividade judicante, associando a sua preservação à ideia de se retirar da sociedade uma pessoa cujos indicativos de reincidência, de contumácia em crimes, levam à prospecção de que ela voltaria a praticar delitos incessantemente:

- Pesquisador: Na sua atuação, o que o senhor leva em consideração para tentar considerar como ordem pública, esses elementos?

- Entrevistado 04: As coisas que eu descrevi agora, então, por exemplo, é... reincidências específicas daquele tipo, ou seja, o sujeito vive daquilo, ah, foi preso com moeda falsa, o exemplo que eu dei, ele já tinha várias acusações com moeda falsa, seja como quem passa, seja como quem fabrica, né, então é um caso crasso de um sujeito com alta propensão criminógena, se solto ele vai continuar, é... ou aqueles, veio um velhinho aqui de setenta anos uma vez, passando é... cheque sem, ele, ele tentou abrir uma conta com documentos falsos na Caixa Econômica, já era o quinquagésimo envolvimento dele em estelionato, então, quer dizer, o sujeito não tem controle, ele é um estelionatário contumaz, então essa contumácia em tipos análogos, ou mesmo que seja em tipos diversificados, mas o sujeito assim, você percebe que de tempos em tempos ele é preso, quer dizer, ele é um sociopata, ou às vezes tem laudo criminógeno, produzido pelo sistema carcerário, enquanto ele ficou preso, então quer dizer, esse sujeito é um sociopata, é um psicopata, enfim, então se ficar solto ele vai continuar, ou é um esturpador contumaz, um abusador contumaz de criança, é... isso identifica um risco à ordem pública, é, fora dessa hipótese, eu agora vou ter que espremer o cérebro pra tentar lembrar de outras assim, é... porque quando o sujeito ameaça testemunhas ele cai no risco da aplicação da lei penal, quando ele suprime provas também cai na outra... talvez esse, esse em si seja o mais perigoso, né, porque pode ser a válvula de escape, é... agora fora disso eu tenho dificuldade de lembrar outras hipóteses assim, do meu dia a dia, se eu lembrar de alguma depois eu te falo.

Sem explicitar os fundamentos previstos em lei, mas coincidindo com eles em parte, o juiz 5 constrói o discurso introduzindo um propósito adicional, que não conta com previsão explícita na regra legal, a saber, a ideia de “resposta à sociedade”:

A prisão preventiva, ao que eu penso, ela tem dois propósitos. O primeiro é garantir o resultado final do processo; então, a prisão preventiva é uma medida acautelatória, né, pra garantir que o resultado final do processo criminal seja eficiente, esse é o primeiro sentido. O segundo sentido da prisão preventiva, ao meu juízo, é uma resposta imediata pra sociedade; então, há determinados delitos que exigem uma resposta imediata, como forma de se levar a sociedade a acreditar nas instituições que têm como propósito a própria persecução penal.

A concepção construída para ordem pública pelos juízes 6 e 8 vai ao encontro destas duas últimas opiniões retratadas, ao referenciá-la tanto à contenção da pessoa que se decide prender quando há uma prospecção da perpetuação de atos delitivos por ela, quanto à necessidade da instituição (Poder Judiciário) responder às expectativas das pessoas envolvidas nos fatos em apuração, para manter sua credibilidade:

Uhum... seria aquela situação de que essa projeção de ações subsequentes, é...possam prejudicar sobremaneira toda a coletividade, e com isso então afetar uma credibilidade da justiça perante, é... a sociedade em geral, é... grosseiramente não, a título de exemplo, se nós pensarmos numa situação de uma violência doméstica, em que existe todo um histórico, é... do desrespeito à companheira, à mulher, é... de que a família mesmo tá cansada já daquelas ações do agressor, tudo isso bem demonstrado, é... se nós, é... se a Justiça não tiver um cuidado especial, talvez segregando cautelarmente o agressor, é...isso pode gerar uma convulsão, afetando a ordem pública, não de uma maneira coletiva, mas naquela micro comunidade, né, naqueles familiares da vítima, é... aquele inconformismo de falar assim, isso não vira nada, é... toda a vez ele bate nela, desrespeita a mulher, é... nós tamos cansados já disso, tem todo esse histórico de recorrência e com indicação de que possivelmente isso continuará ocorrendo, principalmente quando a gente tem alguma ligação com droga ou álcool de uma maneira muito intensa, é... e aí a ordem pública aí talvez, é... em ameaça ainda que em um contexto menor, afora outras circunstâncias também de quem atinge toda a coletividade no geral. (Juiz 6).

A ordem pública é evitar que aquele indivíduo, que tenha a prisão decretada, continue a praticar crimes, no meu entendimento, e também para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário perante à sociedade, ou seja, que a lei está sendo aplicada de forma efetiva. (Juiz 8).

Também o sentido da prisão preventiva construído pelo juiz 7 sinaliza para a ideia de contenção de práticas delitivas, e mais especificamente de situações de violência:

[...] em síntese, poderia dizer é que ela é um instituto muitíssimo importante no ordenamento jurídico, na parte processual penal, especialmente levando-se em conta o fim último, é, que o Judiciário tem, que é buscar a pacificação social, é, e nesse sentido a gente percebe que pensando nesse bem maior que está em jogo é...não há como, em muitos casos, se aguardar uma decisão de primeiro grau por meio de sentença, algum acórdão, para muitas vezes, só aí determinar uma prisão, né, porque a gente vê recorrentemente e cada vez mais a necessidade urgente é...de se controlar uma urgência flagrante aí, que é a violência, criminalidade galopante que a gente tem aqui no Brasil, né, então eu vejo assim que infelizmente é um instituto cada vez mais necessário e importante.

E por outro lado, o mesmo entrevistado 7 faz a construção da ideia de violação à ordem pública associando-a à prática de condutas que ele reputa de maior gravidade e que seriam

potencialmente mais desestabilizantes para as relações sociais, a seu ver, aquelas envolvendo violência, tráfico de drogas e crimes contra o erário:

Ordem pública tem a ver, a meu ver, né, claro, condutas graves que alterem a formalidade das relações sociais [...] como dizer que uma conduta está ameaçando a ordem pública? Quando existe uma gravidade direta, por violência, ou indireta, como aqueles outros fatores, né, que geram prejuízos sociais enormes, o tráfico, desvio de dinheiro público, né, por razões óbvias que o prejuízo que se gera, com o desvio, é muito grande porque eram quantias que deveriam estar sendo usadas pra socorrer vários direitos sociais, e que a gente sabe aí que não são feitos em muitos casos, né, então assim, é...basicamente é isso, a ordem pública, ela é ameaçada quando há algum ataque direto, por meio de uma intranquilidade que tem a ver com a violência, ou que ela está sendo ameaçada de forma indireta, por meio de uma intranquilidade gerada indiretamente quando se comercializa drogas, quando se desvia dinheiro público, entre outros casos também.

O juiz 9, ao construir o sentido da prisão preventiva, compartilha o foco na ideia de garantia da ordem, mas acrescenta com veemência um inusitado propósito a este instituto: o “castigo”, trazendo para a prisão cautelar algo que normalmente é relacionado à teoria retributiva da pena:

[...] eu entendo que a prisão preventiva, ela é necessária especialmente pra manutenção da ordem, e no caso da Maria da Penha, ela também é necessária pelo sofrimento que, que o agressor causa nas mulheres, enfim, companheira, esposa, namorada, mãe, avó, então é uma proteção legal também, extremamente importante, pros crimes graves, crimes hediondos e também pra, nos casos de crimes graves, né?

[...] em não sendo tão grave em concreto, eu não deixo, eu não mantenho a prisão cautelar dele durante muito tempo, fica aí preso três, quatro meses preso, o tempo mais ou menos que ele cumpriria preso e aí eu libero e, é... revogo a prisão preventiva porque eu acho que a prisão cautelar já representa o castigo extremo que ele mereceu naquele caso;

[...] ele não recebeu pelo menos um, vamos falar entre aspas, um puxão de orelha, um castiguinho pra ele ficar lá, castiguinho não, um belo castigo, de ficar uns 6 meses preso, ele não sentiu, ele não se sentiu ameaçado pela lei, pela prisão, pelo Estado, por isso que muitas vezes o juiz deixa presa uma pessoa por algum tempo, pra ele sentir que ele fez alguma coisa muito grave, né?

- Entrevistador: Dr, no entender do senhor, a decretação ou não de prisão, ela tem relação com o juízo de probabilidade da pena que vai ser aplicada ao final do processo?

- Entrevistado 09: É, é... eu sempre... eu costume, é... ter isso como base, mas não necessariamente, como eu falei, por exemplo, se eu tenho um sujeito que é menor, pouca droga, confessou na polícia, provavelmente vai confessar, eu preciso castigar um pouco [...].

Por fim, o último juiz a construir mais diretamente um sentido concernente aos propósitos da prisão preventiva, o entrevistado 10, também faz uma correlação com a manutenção da ordem e contenção da violência, relacionando a ordem pública à sensação segurança e tranquilidade:

Olha, eu acho que infelizmente é um instituto que ninguém gostaria de lançar mão dele, mas a nossa realidade nos obriga a ter um instrumento como esse, de encarceramento preventivo, antes de uma decisão final, porque a sociedade anda muito violenta e alguns crimes realmente deixam a sociedade em pânico, e algumas pessoas realmente já demonstram que a curto prazo, pelo menos, não tem melhora de personalidade, vão continuar no mundo do crime, já estão no mundo do crime, praticam delitos violentos, não mostram qualquer arrependimento e o pior, não demonstram que querem mudar de vida, então, infelizmente, pra você viver bem numa sociedade, você tem que tirar algumas pessoas de circulação, ainda que momentaneamente, pra poder garantir a normalidade, pelo menos a possibilidade de viver de uma maneira digna em sociedade.

[...]

- Pesquisador: É, o senhor fez menção à população... existe uma relação entre a ordem pública e a ideia de proteção da população, né? O que mais o senhor vê como a ordem pública, o que que a ordem pública é pro senhor?

- Entrevistado 10: É viver de acordo com as leis e ter direito a andar na rua à noite, você ter direito a criar os seus filhos em segurança, você ter direito a usar tudo o que a comunidade e o Estado te oferecem sem que você tenha risco, coisa que absolutamente não acontece; eu, por exemplo, não ando à noite em Ribeirão Preto, eu tenho medo, eu acho muito perigoso, e por que isso? Porque a segurança não pode garantir que nada vai me acontecer, então se as pessoas estão presas dentro de casa, até dentro de casa tão correndo risco de serem furtadas ou assaltadas, muita coisa tá errada.

#### 6.2.1.1 Síntese dos resultados da categoria de análise

Em relação aos propósitos da prisão preventiva sintetizamos os seguintes resultados a partir dos dados coletados:

- a) ao construir sentidos relativos à finalidade da prisão preventiva os juízes efetivamente se pautam recorrentemente por alguns dos fins previstos na legislação: a garantia da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal;
- b) os outros fundamentos legais (garantia da ordem econômica e conveniência da instrução criminal) não foram apresentadas como finalidades relevantes nos discursos;
- c) apesar da garantia da ordem pública ser apontada com um dos propósitos mais relevantes da prisão preventiva, não há consenso entre os participantes sobre o conteúdo deste instituto:

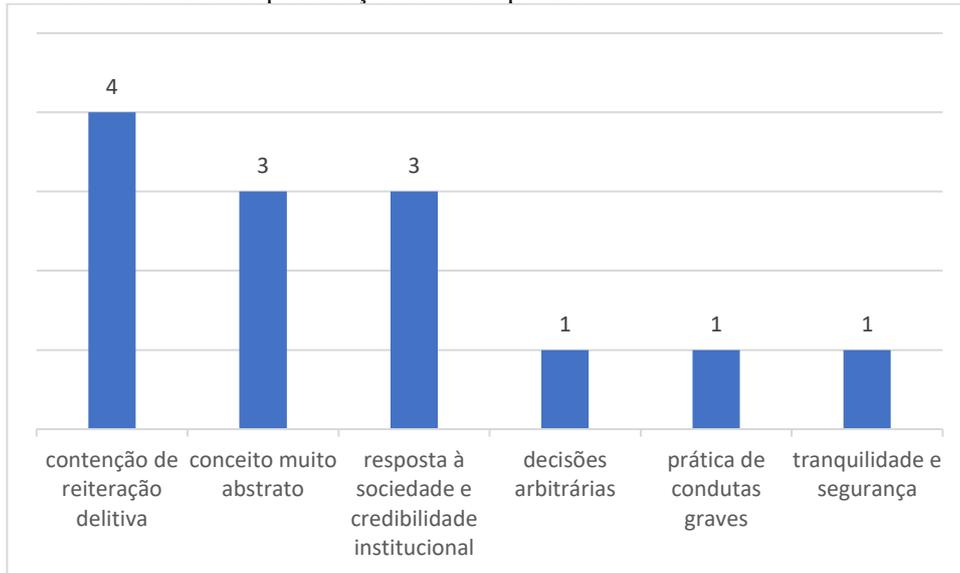
- para alguns entrevistados ela é um conceito extremamente amplo, muito subjetivo, que pode ser utilizado indiscriminadamente pelos juízes para bons ou maus desígnios, e que pode ser manipulado inclusive para decretação de prisões arbitrárias ou seletivas;
  - para parte dos voluntários ela está associada à contumácia delitiva passada do acusado e à prospecção de que ele continuaria a delinquir se mantido solto;
  - a ordem pública também é correlacionada à necessidade do Poder Judiciário responder aos anseios da sociedade para manutenção de sua credibilidade perante a opinião pública;
  - ainda é atribuída à ideia de manutenção da ordem pública a necessidade de se prender preventivamente quando ocorre uma conduta grave, que perturbe a segurança e tranquilidade da comunidade;
- d) o propósito de contenção da violência e das práticas criminosas de maneira geral, se mostrou uma preocupação mais recorrente entre os juízes estaduais;
- e) também ficou mais presente nos discursos dos juízes estaduais do que dos federais a atribuição à prisão preventiva da finalidade de ser uma resposta à sociedade face a um delito ocorrido, apta a manter a credibilidade das pessoas no Poder Judiciário;
- f) merece destaque a construção de propósitos para a preventiva que não guardam relações mais diretas com os fins previstos na lei, a saber o propósito de proteção do próprio acusado e o de retribuição ou castigo pela conduta.

Para propiciar aos leitores uma visualização mais clara dos resultados, procuramos sistematizá-los em gráficos representativos dos sentidos construídos pelos participantes. É válido ressaltar que os resultados e discursos são complexos e a sua categorização, agrupamentos de ideias semelhantes e contagem de recorrências são apenas simplificações didáticas que fazemos a partir de uma interpretação preliminar.

As contagens e valores totais não coincidem com o total de entrevistados, pois alguns podem não ter apresentado nenhum discurso sobre algum dos pontos, bem como podem ter associado um determinado item a mais de uma ideia.

O gráfico abaixo indica quais ideias foram associadas pelos juízes à concepção de preservação da ordem pública e com que frequência entre os participantes:

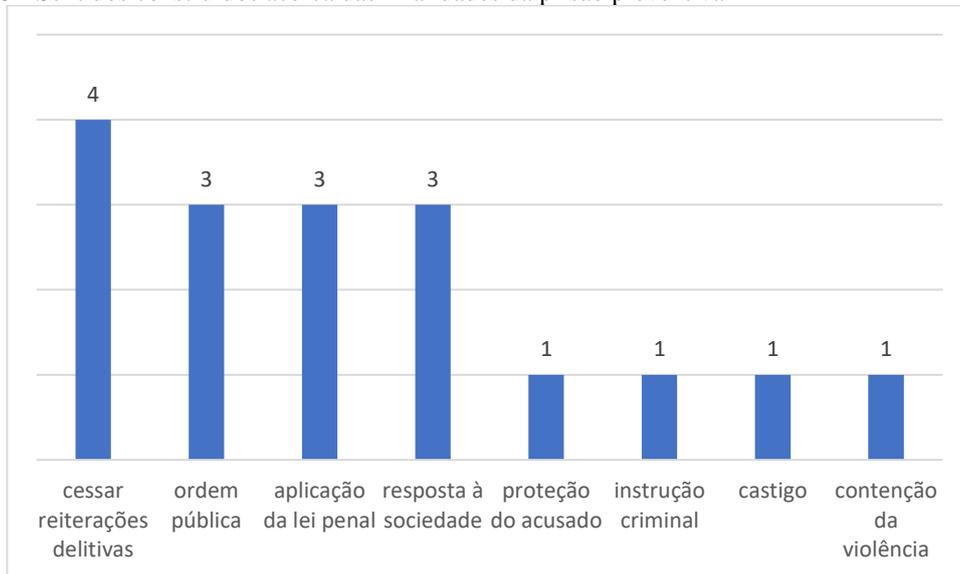
Gráfico 4 - Ideias relacionadas à preservação da ordem pública



Fonte: Elaborado pelo autor

E o gráfico 5 apresenta discursos e a recorrência de ideias construídas acerca das finalidades e propósitos da prisão preventiva:

Gráfico 5 - Sentidos construídos acerca das finalidades da prisão preventiva



Fonte: Elaborado pelo autor

### 6.2.2 Como os juízes enxergam a utilização da prisão preventiva pelo Judiciário

A segunda categoria de análise busca entender e compilar o conhecimento sobre “como os próprios juízes enxergam a utilização empírica da prisão preventiva pelo Poder Judiciário brasileiro”.

Esta categoria se distingue da anterior, na medida em que aquela trazia as perspectivas dos magistrados sobre o sentido do instituto da prisão preventiva, ou seja, para que serve a prisão preventiva para eles. Já a categoria em questão neste tópico busca a visão dos mesmos magistrados, mas agora sobre a atuação dos seus colegas juízes brasileiros de maneira geral.

Ela foi composta pelo agrupamento de 3 códigos, discriminados na Tabela 2, que totalizaram 33 citações livres:

Tabela 2 - Lista de códigos atribuídos à categoria de análise "como os juízes enxergam a utilização da prisão preventiva pelo Judiciário" e número de citações livre (trechos) atribuídas a cada código

<b>Código</b>	<b>Recorrência em citações</b>
1 utilização da preventiva no BR	20
2 sistema carcerário - visão	16
3 desvirtuamentos na finalidade da preventiva	6

Fonte: Elaborada pelo autor

Verifica-se aqui que um mesmo código (“desvirtuamentos na finalidade da preventiva”) serviu para compor tanto a categoria “como os juízes enxergam a utilização da prisão preventiva pelo Judiciário” como a categoria “propósitos e as finalidades da prisão preventiva”.

Foi um código atribuído a mais de uma categoria pela sua singularidade. Os sentidos construídos pelos participantes acerca dos desvirtuamentos na finalidade da preventiva ao mesmo tempo indicavam tanto uma aplicação da prisão cautelar em dissonância aos propósitos legais, como revelavam comparativamente quais eram, nos seus discursos, os propósitos que vislumbram para a prisão preventiva atualmente.

Como trouxemos no capítulo de apresentação do problema de pesquisa (item 2.2), a população carcerária brasileira é a terceira maior do mundo, contando, em junho de 2016, com 726.712 (setecentos e vinte e seis mil setecentos e doze) presos. Desse total, 292.450 (duzentos e noventa e dois mil quatrocentos e cinquenta) são de presos provisórios, ou seja 40% (quarenta por cento) de toda a população.

Em razão da grandeza desses números uma questão que marcou a coconstrução dos discursos foi pela busca de como os participantes se posicionavam em relação à utilização da prisão preventiva no Brasil, mais especificamente se a construção seria no sentido de afirmar um excesso ou uma situação de normalidade/regularidade nas decretações.

Por vezes o discurso não se limitou à questão da prisão preventiva, acabando por se direcionar para o encarceramento de maneira geral. Optamos por não excluir esses resultados dos dados em análise por duas razões. A primeira é que, verificando as abordagens em cada

entrevista individualmente considerada, notamos uma homogeneidade de posições sobre os dois fenômenos (utilização da prisão preventiva e das prisões por condenações).

A segunda razão é a de que os dados estatísticos sobre o sistema carcerário indicam que ao longo dos últimos 10 (dez) anos se mantém uma relação pouco variável (de 31% a 40%) nas proporções de presos provisórios e presos totais (BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2017, p. 14). Por isso escolhemos analisar conjuntamente os discursos sobre prisões totais e prisões preventivas no país.

Os sentidos trazidos pelos entrevistados foram muito díspares, com discursos opostos na construção dessa perspectiva no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Para parcela dos juízes as prisões preventivas são utilizadas em patamares quantitativos moderados, afirmando-se uma situação geral de normalidade na sua utilização pelos magistrados. Também incluímos neste grupo aqueles participantes que reconhecem a existência de uma população prisional demasiadamente grande, mas que atribuem esse fenômeno a problemas sociais e a outros fatores que não uma aplicação excessiva de prisões pelo Judiciário:

Bom, o número de encarcerados é muito pouco diante do número de mandados de prisão que não são cumpridos, então o Brasil tem uma população carcerária... eu estive vendo recentemente, me parece que a segunda maior população carcerária do mundo, não é? Alguma coisa está errada, tá certo? Então tem uma população carcerária muito grande, naturalmente porque lá na base tem alguma coisa que tá doente, então a sociedade está doente, tá certo? Porque o ideal é que ao invés de cadeia houvesse escola hospital sei lá, outras coisas, praças públicas, parque de diversões, não é? Então se há prisão é porque há aqueles que resolveram transgredir as regras que a gente estabeleceu pra viver em comunidade, tá certo? Então tem uma população muito grande? Tem uma população imensa e as cadeias as cadeias são um depósito de gente [...] então o sistema penitenciário brasileiro tem muita gente? Tem muita gente e tem muita gente que deveria estar no sistema também. (Juiz 5).

[...] com relação, relativamente à atuação dos juízes em nível nacional, eu acho... eu vejo uma atuação correta, é... salvo exceções, é... que acontecem aqui e ali, é... no mais das vezes, a atuação dos magistrados é adequada ao que o caso exige com a decretação da prisão preventiva. (Juiz 9).

Dentre esses fatores que excedem o controle e responsabilidade do Judiciário foi apontado que a legislação seria demasiado rigorosa e restritiva da liberdade, obstando uma atuação mais liberal dos juízes, além do temor de que seja atribuída a pecha de corrupto caso o juiz conceda muitas liberdades:

- Pesquisador: E nesse contexto, o senhor entende que há um excesso na utilização da prisão preventiva no Brasil, ou não?
- Entrevistado 01: Não, não. È o que eu tô falando, o problema todo é o seguinte, a lei, é difícil com a legislação atual, a política pública atual ser diferente, isso não tá a critério do juiz, o juiz não pode falar: “ah, não acho que essa lei, é, não sei, não é legal e vou soltar todo mundo”, não é assim que funciona, porque sabe o que vai acontecer com esse juiz se ele ficar soltando todo mundo? Ele vai ficar com suspeita de que é corrupto, de que não sei o que lá [...]. (Juiz 1).

E neste mesmo grupo de juízes que não veem excesso na utilização da prisão preventiva, alguns se posicionam em sentido oposto ao do juiz 1, afirmando que seriam necessárias mais prisões, que não ocorrem porque a jurisprudência estaria mais inclinada à preservação da liberdade:

[...] na verdade, se houvesse um mutirão de investigação, as prisões de hoje são muito poucas, e tô falando por coisas sérias, tô falando por coisas sérias, infelizmente é o que a gente sente, e é claro que se as prisões fossem de qualidade boa, e se a sociedade tivesse melhor estruturada, os níveis de reincidência diminuiriam e aí, talvez houvesse, por outro lado, um equilíbrio, mas de forma geral, do jeito que tão hoje as coisas, na verdade não tá num super encarceramento, tá havendo uma super criminalidade, porque com certeza o que se prende não é tudo que acontece, é uma pequena parte daquilo que se pega.

- Pesquisador: Dr., também fora da sua atuação, vendo a atuação prática do Judiciário de maneira geral, o número de prisões preventivas, ele também tem uma relação com a população carcerária, e o senhor entende que ele tá sendo decretado adequadamente ou em excesso ou aquém do necessário?

- Entrevistado 07: Ah, assim, é difícil falar né, com base em outros dados, né, porque eu também não tenho um estudo pra saber, a gente tem assim noções, mas muito...o que eu posso dizer é daquilo que eu vejo, né, eu acho que, de forma geral, só haveria uma parte delas que poderia ser evitada se houvesse uma estruturação de medidas alternativas efetivas, principalmente daquilo que envolve vício, tá, mas esse é o meu universo, aqui tá? Pra eu te falar mais Hamilton, fora daqui, acho que eu precisaria de mais dados aí, né, mas por outro lado, o que eu posso dizer, informalmente, daquilo que eu escuto, é que muitas vezes quando ela deveria ser decretada ou não revogada, ela está sendo, e quem tá sendo prejudicado com isso é a população, e não só a população rica, a população pobre, porque é recorrente o número, exemplo, de roubos contra gente extremamente humilde e que aí os efeitos são piores ainda, né, patrimonialmente, fora que assim, emocionalmente é ruim pra todo mundo, né, independentemente de classe, mas enfim é isso. (Juiz 7).

Eu acho que não há excesso, eu acho que elas são decretadas com muita ponderação, é... eu acho que no Brasil, é... nós tamos até o inverso, né, eu acho que muitos outros casos necessitariam uma prisão preventiva, mas a jurisprudência caminha no resguardo da liberdade, eu não acho que tenha um abuso não, são casos graves, normalmente, que se tem a preventiva, ou ainda que o juiz decreta, que o Tribunal mantenha, essa preventiva não são casos,

ou o caso é muito grave ou o indivíduo é, reiteradamente ele comete crimes, então acho que não há abuso não. (Juiz 8).

- Pesquisador: E em relação à utilização da prisão preventiva de uma maneira geral no Brasil, o sr. acha também que tá em número adequado, que tem excesso, que tá em número pequeno de decretações?

- Entrevistado 10: Eu acho que é um número pequeno, eu acho que ela deveria se estender mais, é..., enfim, eu acho que, os crimes violentos, os crimes que causam dano à sociedade, evidentemente, ela tem aplicação, mas acho que ela deveria ter aplicação em outros, por exemplo, quantidade de furtos [...]. (Juiz 10).

Já outra parcela admite, às vezes enfaticamente, que o número de presos, notadamente os provisórios, está muito elevado no Brasil, ao ponto de representar um excesso de encarceramento por parte dos magistrados em geral e um aprisionamento indevido ou desnecessário de pessoas.

[...] é... eu acho que muita gente que está nas prisões hoje poderia não estar, eu acho que ter uma super população carcerária não reflete, é... a eficiência e a eficácia do sistema carcerário, do sistema penal, ao contrário, o excesso de encarceramento, é... reflete um prejuízo, é... refle... é, melhor dizendo reflete um desequilíbrio na aplicação da, da lei penal... porque não é possível que... dois, três, quatro por cento da população esteja encarcerada, alguma coisa tá errada. (Juiz 2).

Olha, do que eu leio e pelo que eu sei, existe um excesso de prisões preventivas, né, isso foi alvo de uma política dentro no CNJ, o Gilmar Mendes encabeçou isso e tal, é... do que eu ouço dos meus amigos advogados criminalistas, que atuam em outros ramos da Justiça, a Justiça Estadual, Justiça Militar, eles se queixam muito de haver uma prodigalidade em prisões preventivas, mas aí eu não tenho como avaliar o trabalho de outros juízes, né, é... eu fui advogado onze anos antes de ser juiz, atuei na área criminal, posso dizer da minha experiência, né, eu achava, mas isso é achismo, tô aqui reconhecendo que é um achismo, eu não tenho dados empíricos, mas a minha sensação era de que a Justiça Estadual era mais pródiga que a Federal, era menos garantista, prendia muito assim, isso eu me lembro de ver muito. (Juiz 4).

conforme eu disse já no início, prisão tem que ser exceção e não regra, e quando a gente vê esse índice de trinta e cinco, quarenta por cento, é... me parece que tá sendo deixado um pouco de lado o princípio da presunção de inocência, é... prestigiando sobremaneira esse encarceramento cautelar como uma forma de resposta no cometimento dos crimes, mas que não combina muito com aquilo que está previsto na Constituição, então me parece que existe um exagero, um... um... não vou falar menosprezo, mas uma interpretação talvez um pouco desvirtuada da presunção de inocência.

[...]

Então, com esse número elevado, me parece que há um exagero de prisão cautelar, eu não... não sei se nós vamos ter esse levantamento em termos de

Estado pra Estado, e aí a gente pode ter realidades completamente distintas, mas o número geral é esse que nós temos, né, de trinta e cinco a quarenta por cento, que é um número muito elevado, é... esse número não se alterou muito depois de 2011, quando vieram as medidas cautelares, é... de sorte que me parece ainda exagerado mesmo, nós deveríamos trabalhar com menos prisões cautelares. (Juiz 6).

Geralmente, quando são apresentadas estas considerações na direção da excessividade de prisões preventivas no país, elas foram acompanhadas e justificadas a partir de críticas que apontam desde desvirtuamentos ideológicos quanto às finalidades das prisões preventivas até decisões tomadas no bojo de procedimentos operacionais viciados.

O juiz 3 traz a construção de que os fins previstos nas normas jurídicas para a prisão preventiva não são observados em razão da prática de operações que buscam uma repercussão midiática e que visam na realidade a promover a importância das próprias instituições envolvidas perante a coletividade, trazendo a sensação de que elas são eficientes e indispensáveis para a sociedade:

O primeiro ponto que eu percebo é uma disvirtualização das finalidades da prisão preventiva previstas na lei e na Constituição, feito pra garantir ordem pública, pra garantir aplicação da lei penal, e até mesmo pra garantir a integridade física de um réu. Por exemplo, em caso de grande comoção precisa ir preso, porque se ele for solto as pessoas vão matá-lo, né, na rua ou em qualquer lugar que ele se encontre e...pelo que eu vejo, hoje essas operações da polícia federal, essas operações midiáticas ficou muito...muito na moda pra promover a instituição polícia federal e criar esse clima de...de que tá sendo feita alguma coisa pela segurança pública, de que as operações realmente têm um efeito prático realmente na vida das pessoas, de que polícia federal é realmente essencial no que ela faz, né, então o primeiro ponto é que elas são usadas, na verdade, não pra prender uma pessoa específica que necessita...que os requisitos estariam presentes pra ser presa, mas junto com aquela pessoa as operações exigem a prisão de um grande número de pessoas, até pra ter esse feito prático de mídia, né, se você prender uma pessoa não vai acarretar nenhuma notícia, nenhuma repercussão em jornais, agora se você prender cinquenta, uma em cada cidade, com policiais agindo em um lugar e outro, isso causa um certo impacto na notícia, e às vezes não é necessário prender cinquenta pessoas.

Outro desvio de finalidade apontado pelo mesmo entrevistado 3 vai no sentido da utilização da prisão preventiva como meio de coagir os investigados a confessarem crimes ou a delatarem partícipes:

O segundo, que eu tenho visto também que acontece, é a utilização de prisão preventiva como forma de persecução penal, porque você mantém a pessoa presa determinado período, preso aquela pessoa começa a fraquejar, não tá acostumada com os ambientes de cadeia, principalmente o pessoal do

colarinho branco, né, e acaba sendo forçada a delatar, não forçado fisicamente, mas forçado psicologicamente, pessoa fica seis meses, um ano, dois anos presa, como aconteceu com o pessoal da lava jato, aconteceu muito isso, né, eles inventaram essa prática de usar a prisão preventiva como uma forma de obrigar a pessoa a delatar, a confessar e a colaborar com as investigações; tem um efeito prático bom, sem isso, sem delação, praticamente toda essa operação lava jato não funcionaria, mas não é uma previsão legal de que isso aconteça, o argumento que eles usam é de que a maioria das delações ocorreu quando a pessoa não tava presa, né, mas as principais delações ocorreram quando a pessoa estava presa, aquelas que deram origem ao fio da meada, né, Paulo Roberto Costa delatou enquanto preso, foi sair da cadeia depois que delatou o Marcelo Odebrecht, é outro caso, então os principais os cabeças controlaram isso, e ela foi utilizada de uma forma indevida não prevista no ordenamento jurídico.

Outro elemento suscitado como propulsor do desvio de finalidade das prisões preventivas, cuja prática chega a ser considerada “degenerada” pelo entrevistado 4, é o da encampação do direito pela moral, resultando na prevalência das morais individuais de cada julgador:

[...] o direito tem sido, é... capturado cada vez mais pela moral, hoje a gente sabe que o direito penal e o direito processual penal vivem um problema sério de autonomia, né, a gente muitas vezes não sabe onde termina o direito e ali tá começando a moral pessoal do julgador, então é natural a gente ver por aí, e vejo isso muito entre os meus colegas, prisões preventivas que a pretexto de serem preventivas são antecipações moralizantes da pena pra dar uma resposta à sociedade, no que acaba sempre havendo um pré-julgamento perigoso [...].

Então, Hamilton, é... eu acho que é isso, né, eu acho que os juízes ainda, no Brasil, eu acho que em boa parte, né, eles têm vários fatores, né, que tornam, é... a prática jurisprudencial das prisões preventivas uma prática ainda muito degenerada, eu acho que existe ainda muita prostituição, muito desvirtuamento dos institutos, né, especialmente das prisões cautelatórias, ou a temporária ou a preventiva, enfim, mas em boa parte, eu acho que existe o clamor público, eu acho que é um fator importante, eu percebo que os juízes, eu percebo muito isso, né, é... juízes muito reacionários, muito conservadores, tendem a ser mais punitivistas [...].

O juiz 4 ainda reflete que a própria especialização de um cargo para a competência judicial criminal, leva o profissional a se “embrutecer” diante dos casos de violência e a desenvolver uma preocupação em reprimir a criminalidade, o que resulta em um deslocamento da sua posição de julgador e garantidor de direitos para a de agente de segurança pública ou parceiro das instituições de repressão e persecução penal, o que acaba por ocasionar a sobreposição das moralidades individuais sobre as garantias legais:

[...] talvez lidar com crimes mais violentos embruteça, então começa a tornar o juiz aquilo que eu falei, mais frouxo na sua auto contenção diária, né, você começa a se cansar de ver tanta violência, começa a se enviesar, começa a se achar co-partícipe do papel de repressão do crime, o que pra mim não é o papel do juiz, o papel do juiz não é agente repressor de crime, né, juiz é agente garantidor do processo penal, ele julga o trabalho dos órgãos de repressão e não ele em si é um agente repressor, mas eu acho que talvez isso, você vá embrutecendo, você vai perdendo a capacidade de se autovigiar como um agente garantidor e é difícil, eu falo pra você, é muito complicado o dia a dia, por isso que às vezes eu penso se é vantajoso especializar o juiz numa atividade judicante criminal, vai ficando rotineiro, vai ficando comezinho e isso é o primeiro passo pra você ficar amigo da acusação, ficar *brother* do promotor, se achar parceiro do delegado, porque esses caras ficam o tempo todo vindo despachar com você, você cria amizade, isso é péssimo, eu acho que essa distância do juiz criminal, é... dos agentes de repressão da Polícia e do Ministério Público me parece salutar, você cria uma distanciamento que te permite ter o equilíbrio suficiente e a isenção pra dizer “olha, este auto de infração está uma porcaria, esta denúncia está péssima” e não se achar na tentação de consertar o erro dos agentes de repressão.

[...] eu acho que o sistema de direito processual no Brasil leva muito pouco a sério o problema da imparcialidade, é como se as doutrinas processuais, é... alimentassem essa, essa incontinência dos juízes, esse ímpeto, eles alimentam muito esses automatismos dos juízes, se os juízes não tem uma cultura porque a doutrina não fornece isso, de autocontenção, a imparcialidade no Brasil não é levada a sério, então você vê, é... essa cultura que vai levando o juiz a entrar no oba oba, a se achar um agente de diminuição da criminalidade ou um agente moralizador do país, né, o sujeito acha que ele é mais do que um parlamentar, ele fez concurso e ele é um agente messiânico que porta a voz do povo ou ele tem uma condição superior de espiritualidade e ele acha que ele veio ao mundo pra redimir o mundo dos pecados, então essa cultura que existe difusa no Brasil vai levando, às vezes, os juízes às vezes, de maneira inconsciente, a querer consertar nas suas decisões, problemas de segurança pública, que não perpassam pelo Poder Judiciário, mas perpassam por políticas públicas que são ditadas nos Poderes Legislativo e Executivo e ele quer consertar, é... no atacado uma coisa que tem que se consertar no varejo, ele quer consertar à jusante, algo que tem que ser resolvido à montante, né, ou seja, é compensar na caneta do juiz falhas que não são provocadas por ele e não cabe a ele consertar, né, é querer fazer por vias transversas política de segurança pública, isso inclina muito as decisões do juiz, isso é um problema institucional é um problema da doutrina brasileira que não leva à imparcialidade, à autocontenção, o republicanismo muito a sério, né, infelizmente é uma série, isso é multifatorial, né, tamo longe de resolver, tamo longe, e infelizmente acaba desembocando no teu tema aí que é prisões preventivas, que é sintomático desses problemas todos, né?

Por fim, no que tange à quantidade de prisões preventivas sendo decretadas, há também juízes que, a despeito de conhecerem os dados estatísticos e o volume de presos, deixam de apresentar uma posição mais marcante sobre a situação:

Acho que o número de presos provisórios gira em torno de quarenta por cento, né, nas audiências de custódia mais ou menos a média estatística é essa, de manter o encarceramento, de dez presos, quatro continuam, seis são soltos, então elas não resolveram esse tipo de problema do encarceramento provisório, e tá um pouco acima de uma média, mas qual que seria o ideal, vinte por cento? Trinta por cento? Não se tem o número ideal, depende do perfil de cada país, de cada estado, de cada comunidade, quarenta por cento é muito no Brasil? Não sei. (Juiz 3).

A despeito de toda essa pluralidade de posições, nesta categoria de análise identificamos uma homogeneidade. Todos os participantes que trouxeram discursos sobre as condições do cárcere no Brasil, de maneira geral, foram uníssomos em reconhecer sua precariedade e inadequação para recebimento dos presos, seja sob o ponto de vista da necessidade de se dispensar um tratamento digno ao ser humano, seja sob a perspectiva das finalidades teóricas e declaradas da privação da liberdade:

[...] com uma preocupação justa, né, em relação à situação das pessoas que estão presas aí, que é péssima a situação, né, isso aí é uma coisa óbvia, ninguém, a maioria das pessoas não quer ver outras pessoas sendo tratadas desse jeito, pior do que você trata alguns animais que você tem em casa (risos), é péssimo, isso é péssimo [...]. (Juiz 1).

[...] então o sistema penitenciário brasileiro tem muita gente? Tem muita gente e tem muita gente que deveria estar no sistema também; é porque os mandados de prisão não são cumpridos, agora aquilo é um inferno, então nós temos que repensar onde colocar os presos, não com a preocupação de ressocializar “oh porque o sistema não ressocializa”; a ressocialização é uma das finalidades da pena, não é a única, não é a mais importante, a mais importante é mesmo punir, é o cara saber que se ele roubar alguém, ele vai ser preso, se ele matar alguém, ele vai ser preso, se ele vender cocaína na porta da escola, ele vai ser preso, ele tem que saber disso e tem que ter consciência de que ele vai ser preso, e que ele vai pra cadeia, é a função retributiva da pena, ele tem que saber disso, ele tem que ter consciência disso sabe [...]. (Juiz 5).

[...] então assim, infelizmente o retrato é esse hoje, está havendo uma super lotação porque também nem nas prisões têm estrutura, o que deveria ser com toda a seriedade, dignidade, deveria se promover ali trabalho digno pra todos, porque o trabalho é essencial, dar oportunidades de trabalho digno e não deixá-los lá, os presos, no ócio, isso é um absurdo, mas que a gente tá muito aquém ainda, né, disso. (Juiz 7).

Eu não posso, não, não tenho dados precisos pra te responder. O grande problema hoje são as organizações criminosas nos presídios, isso é muito pior, mais muito pior do que superpopulação, isso... porque você tem execuções lá dentro, você tem dominação de um grupo de indivíduos sobre um outro indivíduo, isso eu acho muito pior, muito mais nocivo do que a superpopulação em si, é muito mais perigoso pro detento porque não é só um desconforto, é uma ameaça presente real e contínua. (Juiz 9).

### 6.2.2.1 Síntese dos resultados da categoria de análise

A partir dos dados coletados em relação ao posicionamento dos entrevistados sobre a utilização concreta e sistemática da prisão preventiva no Brasil, sintetizamos os seguintes resultados:

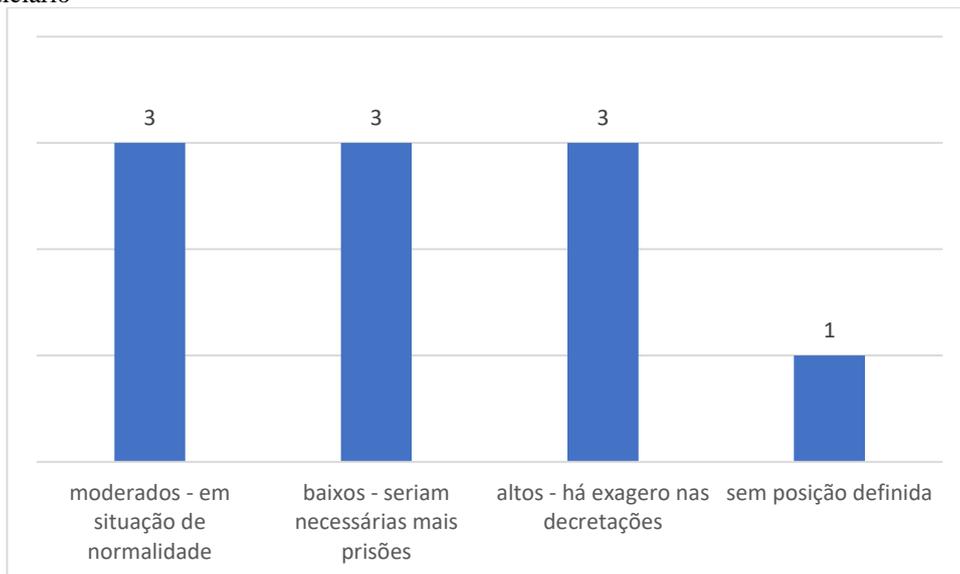
- a) as posições entre os membros do Judiciário sobre a moderação ou excesso na aplicação das prisões pelos juízes são bastante heterogêneas:
  - há os que acreditam que elas são aplicadas com parcimônia e que o número de presos provisórios é razoável;
  - há quem acredita que os juízes aplicam o instituto de maneira adequada, não obstante haver um número elevado de presos por conta do rigor da legislação;
  - apresentou-se também um posicionamento no sentido de que precisariam ser decretadas mais prisões, o que não ocorreria por conta de uma tendência liberal da jurisprudência;
  - existem os que, diante dos números de presos, afirmam haver um nítido excesso na utilização das prisões pelos magistrados, levando a um encarceramento desnecessário de parcela da população carcerária;
  - e há quem reconheça os dados quantitativos da população prisional, mas que não apresenta uma posição quando à razoabilidade ou não do número de prisões levadas a cabo;
- b) situações de excessos ou com desvio de finalidades na utilização de prisões preventivas foram indicadas por alguns dos entrevistados:
  - a intenção de se realizar operações com repercussões midiáticas (e que para tanto precisam prender simultaneamente um grande número de pessoas), pretendendo promover o conceito e credibilidade das próprias instituições envolvidas perante a opinião pública;
  - a utilização de prisões como forma de coação disfarçada para que investigados confessem delitos e/ou façam delações atribuindo a prática de crimes a terceiras pessoas;
  - a especialização de competência jurisdicional criminal, resultando em um “embrutecimento” do julgador, que passa a se enxergar como agente parceiro dos órgãos de repressão penal e não mais como agente garantidor de direitos e controlador das ações dos órgãos repressivos;
  - a encampação do direito pela moral, refletindo na sobreposição das moralidades individuais de cada julgador em suas práticas decisórias;

c) mesmo entre os juízes que possuem posições antagônicas sobre a razoabilidade ou não nas decretações de prisões, foram construídos discursos que convergem acerca da inadequação e impropriedade das condições estruturais dos estabelecimentos prisionais, uma vez que elas:

- seriam perigosas para a integridade dos presos;
- não ofereceriam condições de futura socialização, como o trabalho;
- deixariam os presos em situação de ócio;
- foram associadas às ideias de “inferno” e “depósito de pessoas”;
- ofereceriam aos detentos tratamentos piores do que os dispensados a animais.

O gráfico abaixo sintetiza como os juízes enxergam utilização da prisão preventiva pelo Judiciário especificamente quanto ao atual número de presos provisórios:

Gráfico 6 - Como os juízes avaliam o atual cenário dos presos provisórios e das decretações de prisões preventivas pelo Judiciário



Fonte: Elaborado pelo autor

### 6.2.3 Os fatores e circunstâncias considerados para decretação ou manutenção da prisão preventiva

Finalmente, a última e mais expressiva categoria a ser analisada é efetivamente aquela que se propõe trazer maiores respostas para o problema da pesquisa: a dos “fatores e circunstâncias considerados pelos magistrados para decretação ou manutenção de prisões preventivas”.

Os “fatores e circunstâncias considerados para decretação da prisão preventiva” consistem na categoria de análise mais extensa e densa em termos de recorrência de citações livres (trechos das transcrições) em que foram atribuídos códigos agrupados nesta categoria. Ao todo foram 26 códigos e 247 citações atribuídas a ela, conforme relação da tabela abaixo.

Tabela 3 - Lista de códigos atribuídos à categoria de análise "fatores e circunstâncias considerados para decretação ou manutenção da prisão preventiva" e número de citações livre (trechos) atribuídas a cada código

	<b>Código</b>	<b>Recorrência em citações</b>
1	fatores considerados para a preventiva	38
2	pressões sobre o magistrado	28
3	influência das experiências, formações e concepções de mundo	26
4	preventiva aprioristicamente para determinados crimes	22
5	preventiva e gravidade do delito	20
6	convicção de aplicação da lei	18
7	preventiva e condições pessoais do réu	16
8	preventiva e local de atuação	16
9	fatores extralegais de influência	15
10	excepcionalidade da prisão preventiva	14
11	preventiva e medidas alternativas	14
12	anseios sociais	13
13	fatores legais considerados	13
14	ordem pública	13
15	padrões - heurísticas	13
16	preventiva e pena em perspectiva	13
17	relação com imprensa	13
18	preventiva e antecedentes	12
19	preventiva e presunção de inocência	12
20	aplicação prática do direito - adaptações	11
21	ideia de gravidade do delito	10
22	opinião sobre (des)criminalização das drogas	10
23	preventiva e atitudes do investigado	9
24	preventiva e prazo de duração	7
25	preventiva e proteção de terceiros	7
26	preventiva e credibilidade da justiça	3

Fonte: Elaborada pelo autor

Esse agrupamento dos códigos na categoria consistiu em um ato de interpretação e análise sob uma perspectiva subjetiva do pesquisador, levando-se em consideração o conteúdo dos discursos construídos com os participantes, acerca de como esses elementos codificados influenciavam ou não as decisões de decretação de prisões preventivas.

Mas o agrupamento não foi totalmente subjetivo. Também foram objetivamente levadas em consideração as situações em que uma mesma citação livre recebeu mais de um código. Ou seja, consideramos a ocorrência de vários códigos em conjunto com o código matriz da categoria de análise: “fatores considerados para a preventiva”.

A figura da página seguinte indica todos os códigos que foram atribuídos às citações livres em coocorrência, com as respectivas relações que atribuímos entre eles. São as relações de “associação”, “causa” e “pertencimento”.

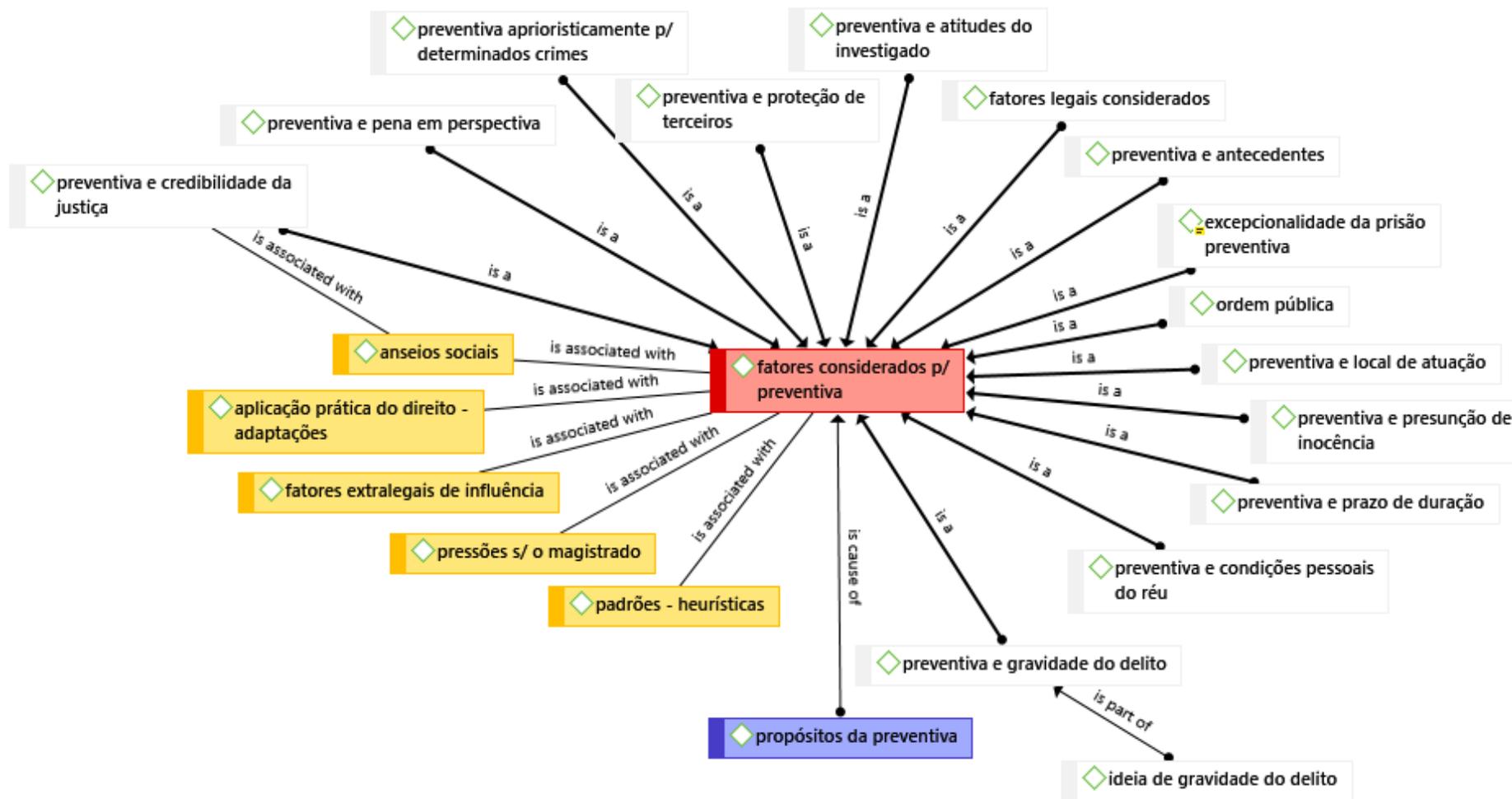
Não só pelo grande número de códigos e citações, mas também pelas várias relações entre eles, a formação, organização e análise desta categoria foi bastante trabalhosa e a exposição dos resultados na monografia não é representativa deste trabalho de tratamento dos dados. Até porque, para viabilidade da dissertação, foi preciso selecionar para apresentação dos resultados, dentre todos os fatores elencados pelos participantes, aqueles mais recorrentes ou expressivos em relação aos objetivos e hipóteses da pesquisa.

Esta também é uma categoria marcada por grande heterogeneidade de discursos e construções sobre quais fatores são levados em maior consideração quando da decretação de prisões preventivas.

Os resultados dessa categoria não surgiram prontamente no início das entrevistas, mas durante o seu desenrolar, após vários minutos de diálogos. Isso porque, no início das entrevistas, havia uma reticência, por parte de quase todos os entrevistados, em falar sobre o tema de maneira solta ou livre – o que nos parece bastante natural, já que se encontravam diante de um entrevistador desconhecido, com gravação das falas, em uma atividade (participar de entrevista) não habitual e sem conhecimento sobre os questionamentos que seriam feitos adiante.

Iniciamos todas as entrevistas informando aos participantes que não buscávamos obter deles os conceitos técnico-legais envolvendo a prisão preventiva já que isso poderia ser feito consultando a legislação ou a doutrina, mas sim como eles enxergavam as questões que permeavam o tema e o que concretamente eles levavam em conta quando tomavam suas decisões.

Figura 1 - Coocorrência de códigos relacionados aos "fatores considerados pelos juízes para decretação da prisão preventiva"



Fonte: Elaborada pelo autor por meio do programa Atlas.ti

Apesar desta observação – nos parece que em razão desta natural cautela diante do novo e inusitado – invariavelmente os juízes se posicionavam no começo como “juristas” e produziam práticas discursivas condicionados pelos discursos típicos dos ambientes clássicos do Direito. As práticas discursivas iniciais foram constantemente marcadas pela reafirmação de que seus entendimentos e decisões se limitavam ao cumprimento e à aplicação estrita das normas legais:

Da prisão preventiva? Normalmente assim, embora a ideia seja não falar muito sobre o sentido técnico da prisão, mas assim, a gente procura se pautar pelo que tá na lei, não é? [...]. (Juiz 1).

É... não, especificamente sobre a prisão preventiva, é... não tenho nada a falar a não ser sobre aquilo que... que tá na legislação e que poderia ser interpretado como já está, né? (Juiz 2).

[...] como cidadão e como magistrado eu entendo e pratico a prisão preventiva exatamente como ela é, como uma medida cautelatória [...]. (Juiz 4).

Bom, primeiro a gente lembrar que prisão é exceção, né, a regra é responder o processo em liberdade, mas de acordo com aqueles requisitos que a lei prevê, e em determinadas situações, se decreta prisão cautelar e responde o processo preso até a decisão final. (Juiz 6).

Acho que o sentido da prisão preventiva, é aquele sentido, não tem como fugir, já previsto na lei. Só será cabível essa modalidade de prisão naquelas hipóteses previstas em lei, ou seja, ela é a exceção e não a regra. Acho que esse é o sentido.

- Pesquisador: Ela tem alguma função prática pro sr., que extrapole ali o conceito estrito da lei?

- Entrevistado 08: Acredito que não, porque é exatamente como está na lei, aqueles objetivos devem ser assegurados e atingidos com a prisão preventiva, nada fora do que está na lei. (Juiz 8).

Com relação à minha atuação, é... é difícil eu falar da prisão preventiva sem tocar em algum ponto da legislação, lógico que a prisão preventiva é decretada quando há extrema necessidade, não, e nesse momento, não leva em conta valores pessoais mas sim critérios objetivos pra decretação. (Juiz 9).

Com o transcorrer das entrevistas, a partir da insistência em alguns pontos, com as reformulações de certas perguntas, os participantes foram aos poucos se desapegando do “juridiquês” e passavam a falar sobre o tema com maior liberdade, sob a sua efetiva perspectiva, permitindo o aprofundamento que almejávamos.

Buscando analisar os dados em coerência com os referenciais teóricos, especialmente com as premissas do realismo jurídico, procuramos enunciar os resultados desta grande categoria em dois grupos. Desta forma, neste tópico já trazemos uma inferência para dividir os

fatores construídos nos discursos dos entrevistados como de influência ou determinação na tomada das decisões judiciais entre 1) fatores relacionados com fundamentos legais e 2) fatores sem correlação normativa.

Ressalvamos que a descrição dos resultados com a apresentação das categorias analíticas formadas, apesar de trazer consigo uma carga interpretativa inicial, ainda é uma etapa precedente às etapas da inferência e interpretação propriamente ditas. Por essa razão optamos por apresentar o segundo grupo de fatores com a expressão “fatores sem correlação normativa”, ao invés de apresentarmos os discursos construídos já sob uma rubrica de “fatores extralegais”. A análise a partir desta última expressão será feita adiante, na discussão com os elementos teóricos do realismo jurídico.

#### 6.2.3.1 Fatores de influência relacionados (direta ou indiretamente) com as regras legais

Nesta seção procuramos elencar aqueles fatores apresentados nas entrevistas que transpareciam uma maior relação, ainda que por vezes indireta, às regras legais de conformação da prisão preventiva. Não serão relacionados todos os fatores jurídicos abordados, mas aqueles a que atribuímos maior importância nos discursos.

##### 6.2.3.1.1 O local de atuação do juiz

A primeira circunstância que trazemos na seção é a da influência do local de atuação do juiz sobre as suas decisões relativas à prisão preventiva.

Ficamos inicialmente em um dilema se ela deveria ser incluída entre os fatores relacionados aos fundamentos legais ou entre os fatores estranhos às regras jurídicas. Sem sombra de dúvida não há, na legislação, nenhuma previsão no sentido de que o local de atuação deva ser considerado na imposição ou manutenção de prisões cautelares.

Por outro lado, os sentidos trazidos pelos participantes em relação a este tema geralmente apontavam para uma relação com a ideia de manutenção da ordem nas diferentes localidades. Conforme alguns indicaram, as peculiaridades de cada localidade impunham uma conduta diferente. Desta forma, enxergamos que seria adequado analisar este ponto sob a ótica da “ordem pública”, prevista como fundamento de decretação da prisão no artigo 312 do Código de Processo Penal, e assim optamos por incluí-la dentre os fatores relacionados às regras legais.

Nessa linha, parte dos participantes reconheceram que a influência do fator “local de atuação” é uma constante no processo de tomada de decisão. Por vezes, indicaram que ele é um

elemento não só influente, mas determinante, a ponto de que, diante de semelhantes fatos e circunstâncias pessoais de investigados, poderiam optar por manter uma pessoa presa ou em liberdade, a depender da localidade em que estivessem trabalhando.

Dentre os que admitiam essa influência da localidade, para alguns era relevante o fato de se tratar de uma pequena cidade ou de uma urbe de grande porte. Nesses casos os indicativos foram no sentido de serem mais rigorosos, com uma maior tendência para se determinar a prisão em comunidades pequenas, visando a manter a estabilidade local, em que os delitos recebem maior atenção por parte da sociedade. Já em relação a grandes centros, situações semelhantes não demandariam prisões, uma vez que essas situações ficam mais difusas:

- Pesquisador: O senhor falou que o senhor trabalhou em lugar grande, trabalhou em lugar pequeno. Em relação, especificamente à prisão preventiva, o fato de estar num lugar grande ou numa cidadezinha pequena faz diferença?

- Entrevistado 01: Faz diferença... faz diferença... faz diferença.

- Pesquisador: No que? No que que o senhor acha que muda mais?

- Entrevistado 01: Não, assim...assim...Não que tem assim, não esquecendo dos outros dados, né, tipo de violência sim, até porque essa...essa...a própria avaliação do grau da violência, ele tem que ser contextualizado, eu acho, uma coisa é você roubar um frango no Carrefour lá em São Paulo, outra coisa é ir na casa de uma pessoa que tem um frango que ela cuida, e você roubar aquele frango dela, num lugar pequeno, que a pessoa cuida daquilo lá pra comer; se você começar a liberar esse tipo de coisa numa cidade muito pequena, isso pode gerar uma certa instabilidade num lugar muito pequeno, isso é um outro dado que deve ser levado em conta onde você está trabalhando [...]. (Juiz 1).

- Pesquisador: [...] o sr acha que o local, a localidade em que o magistrado tá atuando, se é uma comunidade menor, uma cidade grande, pode influenciar em uma decretação ou não de prisões preventivas?

- Entrevistado 06: Eu acredito que sim, eu acredito que, é... ainda que possa não ser consciente por parte do magistrado, mas tanto no inconsciente como no consciente também, me parece que isso acaba sendo levado em consideração, digo isso pelo menos de minha parte, é... quando nós estamos julgando numa comunidade menor, a repercussão de um determinado crime, de uma infração penal acaba sendo diferente do que num grande centro, né, onde esse crime se dilui dentre inúmeros outros e acaba tendo, não vou dizer, uma aceitação social, mas um inconformismo social menor do que numa comunidade, é... de poucas pessoas, né, de dez mil habitantes, vinte mil habitantes, é... acaba tendo uma repercussão diferente de quando temos uma cidade de quinhentos mil, 800 mil habitantes, um milhão de habitantes, é, talvez aí a gente possa ter em mente, é... na época que cabia prisão, pena privativa de liberdade, ainda pra porte de entorpecente, por porte de droga, evidentemente numa comunidade pequena tem uma repercussão diferente do que num grande centro, num grande centro é... isso acaba sendo comum, corriqueiro, às vezes das pessoas até verem alguém consumindo, portando e consumindo a droga, e na cidade pequena isso se reprime de uma maneira um pouco diferente, então me parece que esse meio onde a pessoa comete o crime acaba de certa maneira influenciando sim a visão do magistrado na apreciação

do crime como um todo, e por vezes também na questão da prisão cautelar. (Juiz 6).

- Pesquisador: O sr. falou de repercussão, o sr. acha que a localidade que o juiz tá atuando, se é uma pequena comunidade, ou se é um grande centro, isso pode influenciar num maior número ou num menor número de decretação de prisões? Haveria um caso que num grande centro seria ou não decretada, mas que numa pequena comunidade seria ou não decretada uma prisão?

- Entrevistado 08: Eu acho que sim. [...]. Não digo que necessariamente, mas acho que pode gerar esse tipo de decisão, não digo que necessariamente, mas eu acho que é possível, como num centro maior, as situações acabam se banalizando, como a gente vê no dia a dia, e por conta dessa banalização, é... as decisões não são tão rígidas talvez, né? Como a gente vê em grandes comunidades que o roubo se banalizou, o homicídio se banalizou. (Juiz 8).

Também foi apontada outra circunstância não diretamente relacionada com o tamanho ou nível populacional do local: o fato de se tratar de uma região de fronteira, em que há um maior fluxo de drogas ingressando no país, o que resultaria como regra em prisões dos envolvidos, ao passo que em outras localidades seria possível conceder liberdades provisórias com maior frequência:

- Entrevistado 01: [...] eu trabalhava na fronteira em *(trecho suprimido para não identificar o participante)*, na fronteira é outra realidade, totalmente diferente, a fronteira é um mundo à parte, a fronteira é um mundo que tem ali uma mistura de dois países, por exemplo, *(trecho suprimido para não identificar o participante)*, e Brasil, é muito mais próximo uma coisa da outra ali do que *(trecho suprimido para não identificar o participante)* do resto do Brasil.

- Pesquisador: E aí o que que mudava em relação à prisão preventiva em *(trecho suprimido para não identificar o participante)*?

- Entrevistado 01: Em *(trecho suprimido para não identificar o participante)*, isso é outra época, né, na época a legislação não dava ainda, era aquela lei antiga de crime hediondo, apesar da pena não ser tão elevada, assim, era pena mínima, ficava todo mundo preso no tráfico, ficava todo mundo preso e eu acho assim, que é difícil você chegar ali e ficar soltando todo mundo, isso pode gerar uma instabilidade...

- Pesquisador: Uma cidade pequena fora de uma fronteira, numa outra cidade, daria pra agir diferente?

- Entrevistado 01: Daria pra agir diferente. Não, lógico, você tem que fazer isso, você não pode achar que é tudo igual em todo lugar que você vai, é aquela coisa da regra universal, isso não...a regra universal assim...é uma...o Kant fala isso é uma assintótica, é uma tendência assim que você não vai ver na realidade [...] no dia a dia, principalmente nessa nossa prática, você tem que ir fazendo uns ajustes e ponderar o lugar onde você tá. (Juiz 1).

Apesar do juiz 4 não relacionar a tendência de se prender exatamente pela localidade ser uma fronteira, ele indica como essa situação pode resultar em um maior encarceramento provisório de alguma forma. E isso ocorre quando os envolvidos são estrangeiros e se soltos

podem retornar para um país fronteiro que não colabora no cumprimento de cartas rogatórias, de forma a prejudicar tanto a instrução do processo (porque fica inviável a intimação do réu para os atos processuais) como o cumprimento de eventual pena que seja imposta:

- Pesquisador: O senhor trouxe uma questão atinente à localidade, que é a fronteira. Existem outras circunstâncias que o senhor vislumbra, relativas à localidade, que podem influenciar, em determinada localidade não tem muito problema eu soltar, em determinada localidade eu preciso prender preventivamente?

- Entrevistado 04: Na verdade assim, não é a localidade em si que influencia, o que influenciava era a origem, é... nesse caso que eu lhe narrei, o que influenciava é que a pena provável geraria um encarceramento, não teria nenhuma pena restritiva de direito, então ele ficaria fatalmente preso, até porque eles confessavam mesmo no, você lia o auto de prisão em flagrante, eles já confessava no auto de prisão em flagrante, “aí eu tive que engolir memo”, e... o que pesava muito era a absoluta falta de cooperação (*trecho suprimido para não identificar o participante*), então a gente sabia que soltava e nunca mais via, é... mas a localidade em si, o fato de ser fronteira ou não...

Outra peculiaridade é a recorrência de determinados delitos em uma localidade específica, o que, segundo os entrevistados leva a um maior rigor na decretação de prisões, para acusados de praticar esses delitos em tais cidades ou regiões, com a perspectiva de se coibir a continuidade de sua ocorrência:

Eu acho que a reiteração da conduta em grande escala, por exemplo, o roubo de cargas é um caso que no Rio de Janeiro chega ter o absurdo de algumas empresas não quererem se instalar lá porque o caminhão vai passar na linha vermelha e vai ser roubado, vai ser saqueado, então é um caso que, se você permitir, isso você vai estar prejudicando economicamente aquela região, aquela sociedade. (Juiz 3).

Geralmente, eu acredito que não, pode ser algum... se existe, por exemplo, uma onda de furtos na comarca, furtos de, é... vamos colocar, fiação elétrica, uma coisa descontrolada, se houver um trabalho de inteligência e houver base de decretação de preventiva de várias pessoas que tão fazendo isso, ele tem que ter uma atuação mais firme e acaba, e pra acabar com esse tipo de delito numa atuação mais firme [...]. (Juiz 9).

Ainda entre os que admitem que a localidade possa acabar influenciando os magistrados na decisão sobre o aprisionamento cautelar, o juiz 7 apresentou sua posição no sentido de considerar errado que isso aconteça, distinguindo-se dos juízes anteriores que acham não apenas natural, como justificável e às vezes até desejável essa diferenciação pelo lugar de atuação:

- Pesquisador: Nessa linha de buscar uma pacificação na sociedade, o senhor entende que a localidade que o juiz tá atuando, se é uma comunidade pequena ou se é um grande centro, isso faz diferença pra decretação ou não de prisão preventiva, em determinadas situações?

- Entrevistado 07: Olha eu vou te responder de duas formas, é possível influenciar? Sim, é possível, agora o ideal é que influencie? Não. Porque na verdade o correto, a meu ver com respeito também, né, é que se leve em conta muito mais assim o fato em concreto e o comportamento a princípio do indiciado, do acusado, do que propriamente onde ele cometeu o fato.

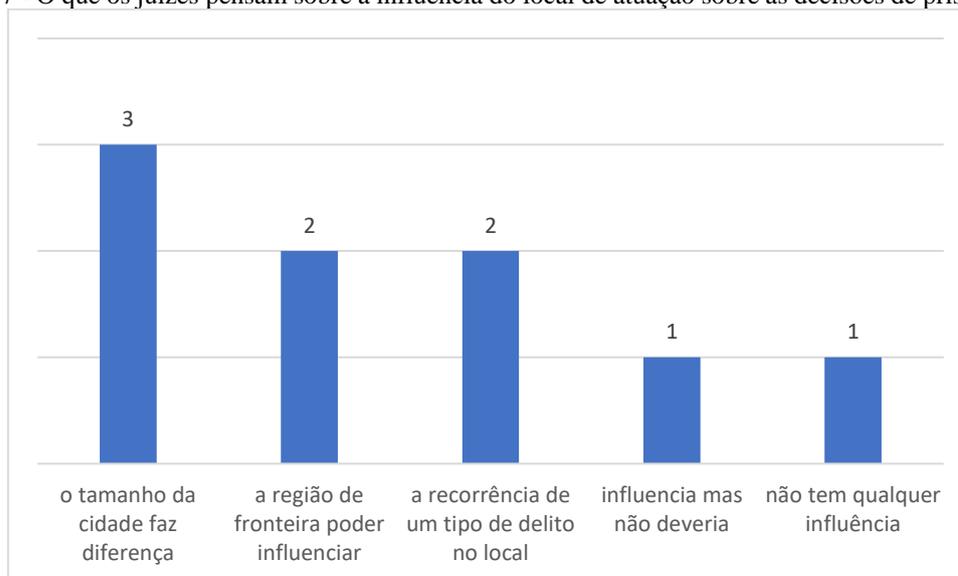
Por fim, apenas o juiz 10 apresentou uma convicção de que a localidade de atuação do juiz não teria qualquer influência nas decisões relativas à prisão cautelar:

- Pesquisador: Essa questão que o sr. trouxe é interessante o fato de, por exemplo, Ribeirão é um grande centro. Se o juiz está trabalhando num grande centro, o sr. acha que...e ele tá trabalhando... ele passa a trabalhar em uma cidade pequena, em uma pequena comunidade ou vice-versa, as decisões são diferentes, se ele tá num grande centro ou numa pequena comunidade, isso pode influenciar que ele decrete mais ou menos prisões?

- Entrevistado 10: Não, eu acho que não, eu acho que o que acontece é que nós vivemos numa realidade isso é em qualquer lugar, um assalto é um assalto aqui em Pitangueiras, em Pontal, no Rio de Janeiro, é sempre um assalto.

O gráfico abaixo revela como os entrevistados se apresentam em relação à possibilidade de as decisões sobre prisão preventiva serem influenciadas pelo local de atuação do juiz:

Gráfico 7 - O que os juízes pensam sobre a influência do local de atuação sobre as decisões de prisões preventivas



Fonte: Elaborado pelo autor

### 6.2.3.1.2 A pena em perspectiva

Outro fator que se mostrou significativamente considerado pelos juízes para se decretar ou manter uma prisão preventiva foi o da possível pena que será atribuída ao acusado quando proferida a sentença.

Não há nenhuma disposição legal expressa que determine uma prospecção de pena para a tomada de decisão da prisão preventiva.

Contudo, o artigo 313 do Código de Processo Penal traz como uma das condições para a sua decretação que o delito em processamento tenha pena máxima superior a 4 (quatro) anos. Portanto, é também factível relacionar a consideração da pena em perspectiva às regras legais sobre a preventiva, pelo que optamos em incluir os resultados deste fator na presente seção.

O resultado largamente predominante entre os participantes neste ponto é o de que a projeção da pena que o juiz possa vir a aplicar ao acusado na sentença é um fator muito relevante para se decretar, manter, ou revogar uma prisão preventiva. A maioria afirma buscar uma homogeneidade entre o encarceramento cautelar e a pena. Para tanto levam em consideração não só a quantidade de pena, mas o provável regime inicial de cumprimento e a viabilidade ou não da pena privativa de liberdade ser substituída pela pena restritiva de direitos:

- Pesquisador: em relação à pena e a sua correlação com a prisão preventiva, o senhor acha que o juízo de probabilidade que a pessoa vai ter de uma pena ao final do processo, é um fator que é considerado pra prisão preventiva?

- Entrevistado 01: Lógico. Lógico. Tem que ser...tem que ser, porque assim, você não pode deixar uma pessoa presa se mesmo condenada ela não ficará presa, por exemplo, isso é uma coisa que a gente olha [...].

[...] uso de documento falso, não fica presa, pode ter um flagrante, eu solto porque o crime não é...é aquilo que cê perguntou no início, a pena em si, se ele for condenado, ele não vai ficar preso, então por que que eu vou deixar preventivamente? Embora isso aí também não está na lei, viu, porque o objetivo da prisão preventiva é você garantir a instrução processual e a aplicação da lei penal, essas duas coisas basicamente. (Juiz 1).

- Pesquisador: O senhor falou agora pouco em quantidade de penas, penas altas, penas baixas, esse juízo de probabilidade de pena que pode ser aplicada lá no final, o senhor acha que é um fator que acaba influenciando a decisão de decretação ou não da prisão preventiva? Ah, se a pena vai ser muito baixa eu não, vou decretar prisão, se a pena vai ser muito alta eu decreto...

- Entrevistado 02: Eu acho que a quantidade da pena, obrigatoriamente tem que ser levada em consideração, vamos falar na verdade de pena cominada e pena aplicada, né, entre pena abstrata e pena concreta, quer dizer, a pena cominada é a pena abstrata, né, de tantos a tantos anos, né, e a pena concreta é aquela que efetivamente o juiz aplicou; bom, quando a pena cominada, a pena abstrata é pequena, não se justifica a prisão preventiva, porque nem por condenação final o réu seria preso, na medida em que, é...a pena, é... igual ou

inferior a quatro anos, normalmente ela vai... é... ela vai, é.. ser transformada em penas alternativas, né, não vai levar à prisão, justamente pra não haver encarceramento desnecessário, um encarceramento que não atenda os objetivos sociais da pena, né, de forma que a pena, quando a pena combinada é pequena, ela... eu diria que pra gente ter um parâmetro, né, a pena inferior a quatro anos, é... igual ou inferior a quatro anos, então não se justifica a prisão preventiva, né, não se justifica. (Juiz 2).

- Pesquisador: No entender do senhor, o juízo de probabilidade da pena que possa ser aplicada é um fator que é relevante pra se decretar ou não a prisão preventiva?

- Entrevistado 04: Eu vou te dar um exemplo: moeda falsa, o sujeito é réu primário, com bons antecedentes e passa uma quantidade pequena de moeda falsificada, é... é muito, é absolutamente improvável que ele vá pegar uma pena superior a quatro anos, né, então fatalmente ele não receberá uma reprimenda que implique encarceramento, ele não vai ser preso, ele vai sofrer, é... sanções diversas da prisão privativa da liberdade, medidas restritivas de direito e coisas do tipo, então não há muito sentido em você prendê-lo preventivamente porque ele não vai ficar preso [...]. (Juiz 4).

Não resta a menor dúvida, é... que sim, que influencia sim, e é um dos elementos que eu levo em consideração, então, por vezes, se eu estou projetando que lá na frente a pena máxima será inferior a quatro anos, de que o crime não envolve violência ou grave ameaça e de que, portanto, as condições pessoais do acusado também não é de primariedade, etc, de que a instrução já se encerrou e que portanto não haveria o risco duma ameaça a uma testemunha, a uma vítima, é... então essa projeção de que lá na frente uma pena que vier a ser imposta será uma pena em regime aberto, não há razão pra ficar segregado numa prisão, né, cautelarmente se lá na frente a pena definitiva não vai importar num regime prisional semiaberto ou fechado, então, é... eu muitas vezes levo em consideração sim. (Juiz 6).

- Pesquisador: No entender do senhor, a decretação ou não da prisão ela vai ter uma relação com o juízo de probabilidade de uma pena que possa ser aplicada no caso?

- Entrevistado 07: Também. Sim, mas nem sempre (*trecho suprimido para preservar o anonimato do participante*), agora, a não ser realmente quando é uma situação é...digamos assim que não está sujeita a um grau de entendimento tão variável assim, por exemplo, quem faz um furto simples, é réu primário, entendeu aí realmente por mais que se tenha qualquer tipo de entendimento, ao meu ver não haveria argumentos ali, via de regra, desde que não seja um furto também gravíssimo, né, furto a banco ou algo grande ou que põe em risco n valores aí, mas assim, via de regra, esses casos assim é...possível sim que se faça uma projeção de pena [...]. (Juiz 7).

- Pesquisador: No entender do senhor, a decretação ou não da prisão preventiva, ela tem relação com o juízo de probabilidade da pena que vai ser aplicada ao final do processo, o sr. já falou da questão do tráfico, além de outras...

- Entrevistado 08: Tem, tem... tem que ter, em regra sim.

- Pesquisador: Como que o sr. faz nessa análise?

- Entrevistado 08: Como eu exemplifiquei no tráfico, se é entendimento daquele juiz, que no final, se condenado for, vai substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, não há por que mantê-lo na prisão preventiva agora, né, se agora é uma prisão meramente cautelar, cuja culpa não foi formada ainda, você vai mantê-lo preso e depois com a culpa formada, com a condenação definitiva você vai soltá-lo, seria um contrassenso, então por vezes, tem que se levar em consideração isso, o resultado final do processo. (Juiz 8).

- Pesquisador: Dr., no entender do senhor, a decretação ou não de prisão, ela tem relação com o juízo de probabilidade da pena que vai ser aplicada ao final do processo?

- Entrevistado 09: É, é... eu sempre... eu costume, é... ter isso como base, mas não necessariamente [...]. (Juiz 9).

Contudo, entre os participantes houve também juízes que rechaçassem a consideração da pena em perspectiva como um fator relevante a ser considerado na tomada de decisão relativa à prisão cautelar:

- Pesquisador: O prognóstico, a perspectiva de uma pena, a probabilidade de uma pena que vai ser aplicada ao final do processo pelo senhor, tem relação com a sua decretação ou não da prisão preventiva?

- Entrevistado 03: Não. Não tem relação.

- Pesquisador: Sr. falou da pena, no entender do sr., a decretação ou não da prisão preventiva, ela tem relação com o juízo de probabilidade da pena final ou não?

- Entrevistado 10: Não necessariamente, aí já é uma questão de prova, mas eu acho que é mais ligação com a natureza do delito e principalmente com a gravidade do delito, levando-se em consideração a forma pelo qual ele foi cometido e que riscos ele, ele acarretaria para a população e para a vítima.

Trazemos no gráfico abaixo o posicionamento dos entrevistados sobre a relação de influência entre a projeção de uma pena ao final do processo e a decretação ou manutenção da prisão preventiva:

Gráfico 8 - As opiniões sobre a relação entre pena em perspectiva e a prisão preventiva



Fonte: Elaborado pelo autor

#### 6.2.3.1.3 Os antecedentes

Também não há na legislação uma disposição no sentido de que deva haver uma propensão em se prender preventivamente pessoas que possuam registros indicativos de possíveis práticas delitivas anteriores. Mas há uma regra legal que guarda relação com os antecedentes, a prevista no artigo 313, inciso II, do Código de Processo, que autoriza a prisão preventiva se o investigado já tiver anteriormente sido condenado por crime doloso com sentença transitada em julgado, desde que já não tenha transcorrido o período depurador da reincidência (5 anos após o cumprimento ou extinção da pena).

Não é exatamente disso que se trata o fator “antecedentes” construídos pelos entrevistados. Não discutiram a possibilidade da prisão preventiva exatamente nessa situação restrita da pessoa definitivamente condenada e ainda considerada “reincidente” na forma do artigo 64 do Código Penal. De qualquer forma, existe uma relação entre o fator coconstruído pelos entrevistados e as regras legais, e por isso a inclusão dos resultados sobre os “antecedentes” serem apresentados nesta seção.

E os resultados estão no sentido de que os antecedentes estão entre os principais fatores levados em consideração pelos juízes na hora de decidirem pela prisão ou liberdade de alguém. Eles partem dos registros passados para prospectarem a probabilidade de a pessoa praticar outros delitos futuramente. E caso cheguem à conclusão, no sentido de haver essa

probabilidade, tendem a decretar a prisão como forma de garantir os propósitos que atribuem à prisão preventiva, especialmente de manutenção da ordem pública.<sup>23</sup>

- Pesquisador: Além de, pra manter o procedimento, especificamente pra uma decretação de prisão preventiva, essa questão do antecedente é bastante levada em consideração?

Entrevistado 01: Ah é, os antecedentes sim [...]. (Juiz 1).

Eu acho que o deve levar, é... o que deve ser levado em consideração, primeiro no caso do tráfico, especificamente, né, o volume do tráfico, é... alguém que esteja vendendo dois papéletes, talvez na primeira vez em sua vida, quer dizer, alguém que resolva, até às vezes sem ter noção, uma pessoa com poucas instruções, com pouca instrução, é... com pouca orientação, ela talvez não saiba que vender um papélete pra um amigo, por exemplo, já configure o tráfico, né, agora eu não posso equiparar, eu acho que o juiz não pode equiparar essa pessoa com o traficante habitual, que... que... diariamente comercializa quilos, quando não toneladas de entorpecentes, né, eu acho que são sim circunstâncias em que juiz deve sim considerar a reiteração criminosa, os antecedentes da pessoa [...]. (Juiz 2).

Então, isso entra no contexto assim da análise do caso concreto, da gente tentar ver um pouco é... da vida passada da pessoa pra procurar projetar qual seria o comportamento dela no futuro, evidentemente tem uma carga de subjetivismo nisso, mas daí também essa questão que eu lembrava há pouco, de procurar ser muito criterioso, procurar com isenção, é... ver se dá pra fazer esse exercício de futurologia, né, entre aspas aí essa futurologia, com relação à potencialidade do envolvimento de novas infrações.

[...]

É bem nessa linha que você colocou mesmo, tanto os registros oficiais de processos em andamento como alguma outra circunstância que possa existir num auto de prisão em flagrante e delito, num inquérito policial, alguma referência por parte de familiares ou de pessoas que conheçam essa pessoa e que tragam um pouco dessa personalidade, de que potencialmente seria lesivo pra sociedade se ele continuar solto e não preso cautelarmente. (Juiz 6).

[...] às vezes você tem um furto simples, tá? Mas de alguém que está reiteradamente praticando furtos simples, está respondendo a vários outros casos de furtos simples, então assim, chega num ponto que assim, você tem que fazer uma escolha, a pessoa tá te dando indícios claros de que ela não vai parar e até que ponto aí no caso é... não se deveria olhar realmente os direitos sociais de quem tá sendo vítima de vários furtos e às vezes com prejuízos grandes, porque se não a gente cria um, o que eu disse de um ponto cego, a pessoa sabe que ela vai poder ou todos vão saber que vão poder praticar reiteradamente furtos simples, que nunca vão ser presos ou só vão ser presos quando... depois de toda a lentidão judiciária e que infelizmente existe, se a gente for usar os parâmetros, né, ideais, houver condenações e somatórios de pena após todos os recursos, então assim, ora a prisão preventiva ela existe

---

<sup>23</sup> Os sentidos construídos sobre os propósitos da prisão preventiva e sobre a ideia de ordem pública foram apresentados no tópico 6.2.1 deste capítulo.

também pra esses casos, pra que se resguarde a ordem pública, né, então acho que seria uma forma razoável de se entender. (Juiz 7).

Ou nos casos de crimes, que não sendo graves, há uma reiteração da prática do crime, aí tamo falando de maus antecedentes, de reincidência [...]. (Juiz 9).

- Pesquisador: Então o antecedente é uma coisa que o sr. sempre...

- Entrevistado 10: Levo muito em consideração, levo, isso pra todos os casos, porque revela a personalidade do sujeito, principalmente se ele tiver várias ocorrências, aí, então, fica pior ainda, né?

[...]

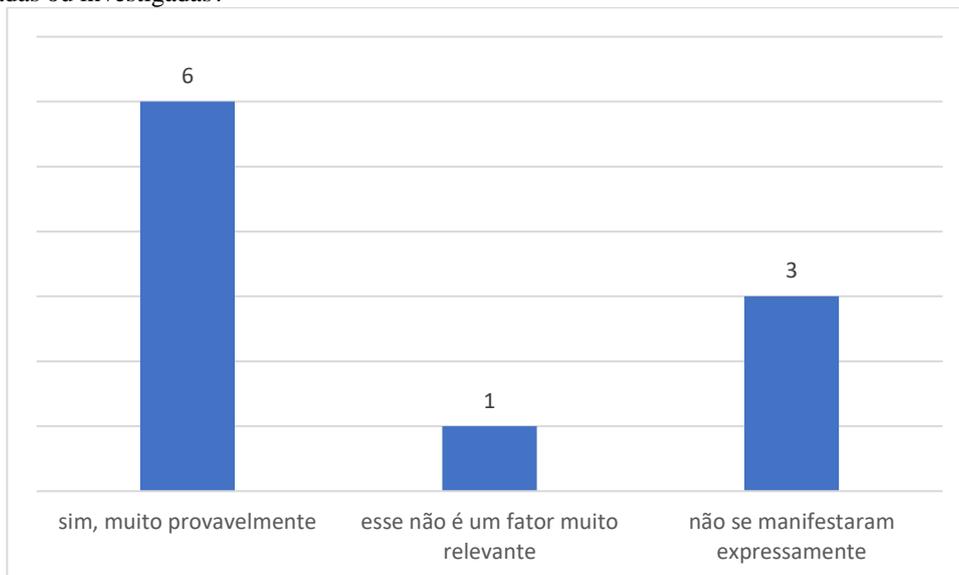
O modo de vida voltado à criminalidade, ele pode até não ter uma condenação, mas se ele tiver vários envolvimento com inquéritos, isso já depõe contra ele e muito, e nós temos que nos atentar ao seguinte: uma folha de antecedentes revela aquilo que é uma suspeita de envolvimento, ninguém garante que seja só aqueles casos em que ele está envolvido, muito provavelmente ele está envolvido em muito mais se ele estiver um grande número de ocorrências ali na FA. (Juiz 10).

De maneira geral este fator foi abordado sob uma perspectiva menos técnica e mais ampla, para considerar todos os registros formais de inquéritos instaurados para investigação da pessoa ou processos existentes contra ela, independentemente dos seus desfechos. Alguns juízes indicaram considerar não apenas os registros formais, mas também notícias informais sobre a prática de delitos anteriores.

Ou seja, se mostrou predominantemente relevante apenas o fato de a pessoa ter sido objeto de uma investigação ou processo criminal. Não foi apresentada relevância à possibilidade de os procedimentos terem sido arquivados, resultado em absolvições ou mesmo que se tenha encerrado o período depurador da reincidência.

O gráfico abaixo sintetiza as respostas para a seguinte questão hipotética: "há maior chance de ser decretada a prisão preventiva para pessoas anteriormente processadas ou investigadas?"

Gráfico 9 - para os entrevistados há maior chance de ser decretada a prisão preventiva para pessoas anteriormente processadas ou investigadas?



Fonte: Elaborado pelo autor

#### 6.2.3.1.4 A presunção de inocência

Ainda neste grupo de fatores de influência relacionados às normas jurídicas elencamos como foram construídos os discursos sobre a relação entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência, previsto tanto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>24</sup> como no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>25</sup> tratado ratificado pelo Brasil.

A despeito do conteúdo desta norma trazida pelos próprios textos em questão, os entrevistados se posicionaram basicamente de três diferentes maneiras sobre a relação entre prisão preventiva e presunção de inocência.

Parte deles afirma de maneira mais enfática que não haveria nenhuma relação entre as duas coisas:

- Entrevistado 01: [...] cê fica na dúvida a *in dubio pro reu*? Nessa fase não, por exemplo, cê pode argumentar isso, então tô falando que é a minha opinião, mas nessa fase, se você for seguir o pensamento que é predominante nessa fase, você prende, na dúvida.
- Pesquisador: Não é bem a presunção de inocência ali...
- Entrevistado 01: Não...não...nessa fase não. Presunção de inocência é pra condenação, pra prender e você garantir a eficácia da investigação é isso... (Juiz 1).

<sup>24</sup> Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>25</sup> Art. 8, item 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...].

Essa, a prisão preventiva ela é decorrente do poder geral de cautela do juiz, então não é incompatível com a presunção de inocência. Há ali um indício de que ele cometeu um crime e de que ele é autor daquele crime e, aliado a isso, há necessidade de mantê-lo preso ou prendê-lo naquele momento, até que se apure se efetivamente ele praticou ou não uma infração penal. Então, não vejo incompatibilidade, mas evidentemente por ser uma medida cautelar tem que ser dotada com, tem que ser adotada com toda a prudência necessária, né, porque tá em jogo a liberdade de uma pessoa, então, há a compatibilidade, a gente tem que colocar aí em jogo os interesses e ver qual prevalece naquele caso concreto, né, a liberdade dele ou a segregação ou a prisão dele em detrimento da liberdade. O que é mais necessário ali, num juízo de ponderação, lembrando sempre que a preventiva é excepcional e não a regra, né? (Juiz 9).

- Pesquisador: Como é que o sr. vê alguma relação entre presunção de inocência e prisões preventivas?

- Entrevistado 10: Não, são coisas diferentes. Presunção de inocência, para mim, ela vale até que haja algum convencimento em sentido contrário, a partir do momento que você tem uma decisão, ainda que julgado, eu acho que já cai essa presunção de inocência e já em primeiro grau, não há necessidade de ir até o supremo. Porque isso evidentemente fomenta impunidade. Quantos anos o supremo demora para julgar? Fatalmente vai ocorrer a prescrição, então pra mim é subterfúgio pra quem quer se isentar da aplicação da lei penal. (Juiz 10).

Outra parcela admite nas respostas (às vezes implicitamente) que a presunção de inocência tem uma relação com a prisão preventiva, mas que não chega na realidade a ser uma limitadora para se decretar essa modalidade de prisão já que o princípio não pode ser considerado de forma absoluta.

[...] mas eu estou do lado daqueles que entendem que, no momento atual, principalmente a prisão preventiva, deve ser aplicada com muito rigor, principalmente nos casos de corrupção e de esquemas de lavagem de dinheiro decorrentes da corrupção, né? E não considero que isso seja decisão extralegal, mas apenas a estruturação e aplicação realista da norma, como a norma tem que ser aplicada diante das circunstâncias, é... sem levar ao extremo o princípio da presunção de inocência [...]. (Juiz 2).

Então eu acho que há desvirtuamento desse princípio no Brasil, presunção de inocência, preciso trânsito e julgado com chancela do Supremo Tribunal Federal, no último recurso possível, um desvirtuamento, quer dizer, esse princípio, na verdade, ele tá sendo apropriado por determinado grupo que tem acesso ao Judiciário, que tem acesso a dinheiro, que tem acesso a advogado, que pode ficar lá tramitando no Supremo, fazendo seus lobbys pra obter uma prescrição, um desvirtuamento do princípio, né, ele não se aplica da mesma forma pra quem é... não tem dinheiro, tá sendo defendido pela Defensoria e às vezes o recurso é limitado, ou às vezes a Defensoria mesmo chega ao Supremo porque ela tem uma estrutura, né, mas quem tá sendo defendido por um advogado, que mora numa cidade pequena, tem um limite da onde ele pode ir, os custos, né, então não é um princípio absoluto, ele tem que ser entendido

naquilo que ele é funcional , naquilo que a sociedade entende que é possível, lugar nenhum do mundo ele é absoluto [...]. (Juiz 3).

É... eu posso fazer uma avaliação pessoal, né, o que é que eu penso sobre o princípio de inocência, o princípio da inocência. Em primeiro lugar, o princípio da inocência aqui no Brasil, ele está sendo entendido de uma forma equivocada ao meu juízo, não é, sobretudo porque se entende que, pelo menos algumas alguns seguimentos dos que estudam Direito entende que a presunção de inocência deve permanecer até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste, o que ao meu juízo não está correto, porque se o juiz de primeiro grau, ele colheu a prova, ele é o senhor da prova, o juiz de primeiro grau, ele é quem vê o acusado olho no olho, ele que ouve o acusado pessoalmente, ouve as testemunhas, ele tem contato pessoal com a prova, sobretudo a prova oral, então ele melhor que ninguém está qualificado pra avaliar o valor ou não daquela prova que ele colheu, então se há uma condenação, a meu juízo, a interpretação, a partir daí, deveria ser outra, você não tem mais o princípio da presunção de inocência, você passa a ter uma presunção de culpa, porque se o juiz analisou a prova colhida num processo contraditório, com amplitude de defesa e houve um resultado de condenação, a presunção se inverte, a presunção é de que o acusado seja culpado, tanto que o juiz já condenou, não é, então veja, se há indícios suficientes pra que haja a decretação de uma prisão preventiva ou de uma outra medida cautelar qualquer, é claro que o juiz provavelmente levou em conta o valor desses indícios e a probabilidade de uma condenação lá no final. (Juiz 5).

Na verdade, o princípio constitucional, ele fala em não culpabilidade, né, que eu acho que é diferente da gente falar é...presunção de inocência, né, eu acho que realmente assim ninguém pode considerado culpado até que haja uma sentença definitiva, isso sob o ponto de vista técnico, agora o direito a gente bem sabe que ele é um instrumento apenas pra que a gente, com maturidade, alcance índices sociais dele, que é a pacificação aí, é uma escolha nossa né, se a gente for levar ao pé da letra, o princípio da não culpabilidade no sentido que não possa haver medidas extremas antes de uma condenação definitiva, a gente vai sacrificar um bem maior, que a meu ver, com todo respeito seria injusto. (Juiz 7).

Essa, a prisão preventiva, ela é decorrente do poder geral de cautela do juiz, então não é incompatível com a presunção de inocência. Há ali um indício de que ele cometeu um crime e de que ele é autor daquele crime e, aliado a isso, há necessidade de mantê-lo preso ou prendê-lo naquele momento, até que se apure se efetivamente ele praticou ou não uma infração penal. Então, não vejo incompatibilidade, mas evidentemente por ser uma medida cautelar tem que ser dotada com, tem que ser adotada com toda a prudência necessária, né, porque tá em jogo a liberdade de uma pessoa, então, há a compatibilidade, a gente tem que colocar aí em jogo os interesses e ver qual prevalece naquele caso concreto, né, a liberdade dele ou a segregação ou a prisão dele, em detrimento da liberdade. O que é mais necessário ali, num juízo de ponderação, lembrando sempre que a preventiva é excepcional e não a regra, né? (Juiz 8).

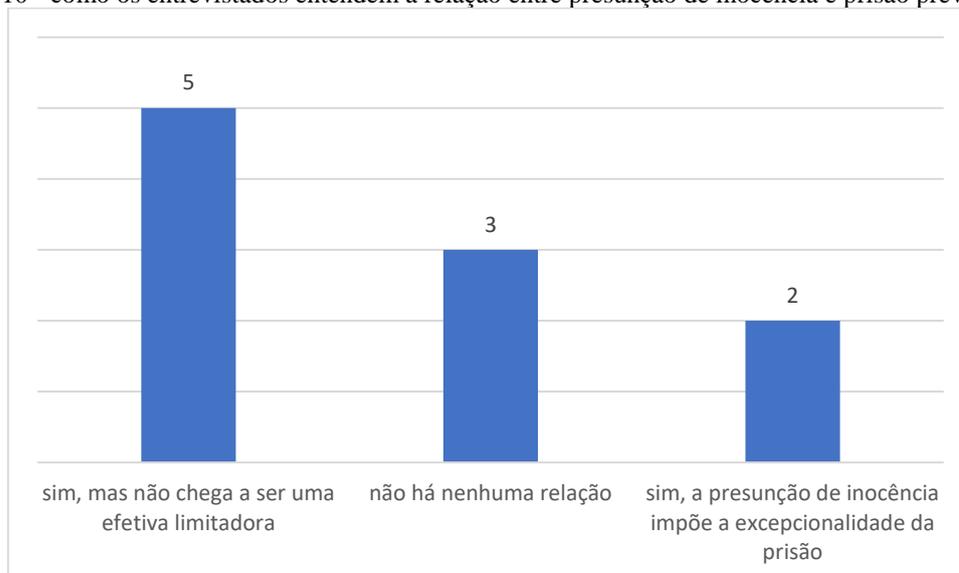
Por fim, houve um posicionamento minoritário no sentido de que a presunção de inocência resulta na excepcionalidade da prisão preventiva. Para um dos juízes inclusive a sua decretação em larga escala seria um reflexo de uma interpretação desvirtuada daquele princípio:

[...] como cidadão e como magistrado eu entendo e pratico a prisão preventiva exatamente como ela é, como uma medida cautelatória, é... e acho que isso defluiu, é... do princípio da presunção de inocência, se você pressupõe, que...desde o início do processo, que alguém é inocente, não faz o menor sentido que a prisão, antes da prisão definitiva, tenha outro sentido que não ser uma medida de acautelamento e não uma antecipação da pena, ainda que a antecipação da pena tenha um, um propósito moralizante, né? (Juiz 4).

[...] conforme eu disse já no início, prisão tem que ser exceção e não regra, e quando a gente vê esse índice de trinta e cinco, quarenta por cento, é... me parece que tá sendo deixado um pouco de lado o princípio da presunção de inocência, é... prestigiando sobremaneira esse encarceramento cautelar, como uma forma de resposta no cometimento dos crimes, mas que não combina muito com aquilo que está previsto na Constituição, então me parece que existe um exagero, um... um... não vou falar menosprezo, mas uma interpretação talvez um pouco desvirtuada da presunção de inocência. (Juiz 6).

Com o gráfico abaixo apresentamos como os juízes entendem a existência ou não de relação entre o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva:

Gráfico 10 - como os entrevistados entendem a relação entre presunção de inocência e prisão preventiva



Fonte: Elaborado pelo autor

Independentemente do agrupamento que fizemos para apresentação dos resultados sobre a relação entre preventiva e presunção de inocência, já cabe destacar, como pode ser visto

também das citações acima, que para a maioria expressiva dos entrevistados essa presunção não pode ser mantida até o trânsito em julgado da decisão, sendo que para alguns ela se exauriria a partir da condenação em primeira instância. Esse fato, indiretamente relacionado à prisão preventiva, terá repercussões no momento da interpretação dos resultados.

#### 6.2.3.2 Fatores de influência sem correlação normativa

Neste tópico apresentaremos os resultados sobre elementos não previstos na legislação como possíveis fatores relevantes para a tomada de decisões de decretação ou manutenção de prisões preventivas.

##### 6.2.3.2.1 As pressões que recaem sobre os magistrados

Foi bastante recorrente durante as entrevistas a coconstrução de diálogos que versassem sobre as pressões que recaem sobre os magistrados, como um fator relevante ou não no processo de tomada de decisão.

O primeiro destaque que fazemos é que a totalidade dos participantes foi uníssona em afirmar que nunca receberam demandas dos órgãos superiores da magistratura para que decidissem sobre casos de prisão preventiva. Salvo um caso compartilhado por um dos entrevistados, todos os demais afirmaram que sequer chegaram alguma vez a passar por questionamentos por colegas juízes. O que indica que haveria um respeito, dentro do Judiciário, à independência dos seus membros, inexistindo ao menos pressões diretas que comprometessem as decisões.

Questionados se já ocorrera de pressões externas terem direcionado ou ao menos influenciado suas decisões, todos os entrevistados foram igualmente uníssonos em rechaçar ou a possibilidade de isso ter acontecido, ou ao menos a constatação e consciência dessa situação por parte deles.

As divergências então resultaram marcantes em dois outros pontos: - a própria incidência de pressões externas sobre os juízes para se decidir pela prisão ou liberdade de alguém; e - em caso afirmativo, a possibilidade dessas pressões determinarem as decisões dos magistrados, genericamente considerados.

Para parcela dos juízes existem pressões das mais variadas formas e vindas das mais diversas fontes: Poder Executivo, imprensa, redes sociais, comunidade local, sociedade em

geral etc. Não obstante, apresentam uma ideia convicta de que os magistrados não são influenciados por elas:

- Pesquisador: Eu vou retomar um pouquinho essa questão o senhor falou, que existe tal ali uma pressão do governo pra soltar. O senhor acha que essa pressão externa, ela chega a influenciar a decisão do juiz, de maneira geral, não digo a sua?

- Entrevistado 01: Não...não.

- Pesquisador: Nem a sua nem a dos demais juízes, o senhor acha?

- Entrevistado 01: ...Uma coisa bem interessante que tem aqui, no nosso trabalho, e foi até a razão pelo qual eu escolhi a carreira, se você tem um compromisso com a sua consciência, de fazer o que você acha correto, a gente não sofre...não tem assim uma pressão de ligar especificamente pra um juiz, é bom deixar claro isso, aí solta, não tem isso, eles fazem reuniões com vários juízes, não fica pressionando individualmente, isso nunca aconteceu comigo, de alguém me ligar, faz uma decisão assim faz uma decisão assado [...]. (Juiz 1).

- Pesquisador: O senhor acredita que haja pressão sobre os juízes, seja por parte da mídia ou da opinião pública ou de órgãos superiores da magistratura, pra decretar ou pra não decretar prisões, pra prender ou pra soltar pessoas, em determinados casos?

Entrevistado 05: Não, eu acho que não, eu, eu como juiz né...é...é claro que há determinadas, determinados fatos que acabam traumatizando a comunidade, não é? Então a comunidade se levanta, exige uma resposta tal, mas até que ponto isso pode influenciar o juiz, eu acho que os juízes não se deixam levar por isso não, se o cara tem que ser preso ele vai ser preso, se não tiver que ser preso ele não vai ser preso, e juiz vai aguentar o repuxo, sabe, então acho que essa é a avaliação que eu tenho, eu acho que os juízes aqui no Brasil, eles não se deixam levar, não se deixam influenciar por essa chamada pressão popular, acho que os juízes são muito equilibrados e tem isenção suficiente pra avaliar tecnicamente se é caso ou não de prisão de alguém. (Juiz 5).

- Pesquisador: Mas a despeito de ele não poder se sentir pressionado, o senhor já notou, em alguma situação, fora às vezes de um caso do senhor ou de algum colega, ou de algum juiz, mesmo que o senhor não tenha contato, que haja, que tenha tido essa pressão e que essa pressão possa ou não ter influenciado?

Entrevistado 06: Eu nunca percebi, nem em colegas próximos ou mesmo distantes, e nunca ninguém comentou comigo “ah... poxa vida, vou tomar uma decisão em tal linha porque tô me sentindo pressionado ou por conta do acompanhamento da imprensa, vou fazer dessa forma porque daria menos repercussão, eu nunca ouvi isso, nunca percebi isso. (Juiz 6).

- Entrevistado 08: Do Poder Judiciário não, eu tenho 24 anos de magistratura e eu nunca recebi qualquer pressão ou qualquer pedido interno em qualquer caso pra você atuar de uma forma ou de outra, eu já atuei até em caso no âmbito cível, em que o Poder Judiciário é parte da ação, de interesse da cúpula do Poder Judiciário e nunca ninguém da cúpula ou qualquer outra pessoa me liga e ó “vê se decide favoravelmente ao Poder Judiciário” não, isso, pelo menos de minha parte, nunca tive nenhuma pressão. Agora, me parece que, da mídia e da sociedade tem sim uma pressão e eu acho que o juiz não pode se

curvar a essa pressão, ele tem que sempre cumprir o que ele tem...a sua missão, observar a lei, como eu disse, e obter uma decisão mais justa, não voltar só para a pressão, isso, a pressão não pode influenciar, lógico, como eu disse antes, ele tem que agir em conformidade com o interesse social, mas não uma pressão gratuita para neste ou naquele sentido, isso ele não pode ceder, às pressões ele não pode, mas assim, a minha percepção é que a mídia e a sociedade pressionam, em especial naqueles casos que, é... entendem que deveria decretar a preventiva e a preventiva não é decretada, né, eu acho que há uma pressão maior nesse sentido.

- Pesquisador: Apesar do juiz não poder ser influenciado pela pressão, ele não deve se deixar levar, o sr. acha que em algumas situações pode acontecer do juiz acabar sendo influenciado por essas questões?

- Entrevistado 08: Ah... eu acredito que não... (Juiz 8).

- Pesquisador: Em regra geral, o que o sr. nota é, que mesmo quando o pessoal caia em cima dele, o juiz consegue se manter isento dessas...desses efeitos?

Entrevistado 09: Sim, porque ele tá, é... cumpriu a lei e a consciência dele [...]. (Juiz 9).

- Pesquisador: O sr. acredita que haja pressão sobre os juízes, seja por parte da mídia, seja por parte da opinião pública ou dos órgãos da magistratura, para se decretar ou pra não se decretar prisões preventivas?

- Entrevistado 10: Não, não, porque isso faz parte do nosso trabalho, é natural que quando há um crime, que causa comoção social, esse crime vai fazer com que haja uma expectativa de uma prisão, mas acontece que geralmente esses crimes são graves e como eu lhe disse, crimes graves devem incidir sobre eles a prisão preventiva. (Juiz 10).

Já para outra parcela dos participantes, as pressões não só ocorrem como são sim capazes de influir sobre as decisões dos julgadores, especialmente para decretação ou manutenção de prisões:

- Pesquisador: O senhor acha que sobre os juízes incide alguma pressão, seja da mídia, sejam dos órgãos superiores da magistratura, seja da opinião pública, pra decretar ou pra não decretar uma prisão preventiva em determinados casos?

- Entrevistado 02: Eu acho que alguns juízes sofrem essa influência sim, né, alguns...

- Pesquisador: Isso repercute nas decisões dos juízes em algumas ocasiões?

- Entrevistado 02: Às vezes. Eu não posso generalizar, né?

- Pesquisador: Sim...

- Entrevistado 02: ... mas eu diria que em alguns casos sim e isso não deveria acontecer [...]. (Juiz 2).

- Pesquisador: O senhor entende que haja pressão sobre os juízes por parte, seja da mídia, de órgãos superiores do Judiciário ou da opinião pública, pra decretação ou não de prisões preventivas em casos específicos?

- Entrevistado 03: Não só pra decretação, às vezes pra manutenção, né, muitas vezes as pessoas nem ficam sabendo que a pessoa tá sendo presa ou tem um pedido de prisão preventiva contra ela, antes de acontecer, né, principalmente,

é divulgado que a pessoa foi presa preventivamente e todo mundo fica sabendo, a divulgação midiática é essa, né, não há uma divulgação midiática prévia, houve pedido de prisão preventiva de fulano, ninguém discute isso, agora quando a pessoa foi presa, há essa pressão pra que ela, seja mantida essa prisão, né, principalmente esses crimes de grande repercussão, né, ou crime de grave violência contra a pessoa ou esses crimes de colarinho branco, tem uma quantidade de recursos enorme desviada, né, quantas pessoas...eu acabei de responder antes mas, por exemplo, Rio de Janeiro, a quantidade de recursos aprendida com o governador daria quase pra pagar a folha de salário de todo mundo lá durante algum tempo, então há uma pressão sim pra que esse tipo de prisão seja mantida, né, no caso.

- Pesquisador: O senhor entende que essa pressão, ela acaba por influenciar a decisão dos juízes de maneira geral ou não?

- Entrevistado 03: Pode influenciar, pode influenciar no sentido de não soltar [...]. (Juiz 3).

- Pesquisador: Voltando a essa pressão difusa, que o senhor disse que existe uma pressão difusa em relação à mídia...

- Entrevistado 04: Ah, é o clima, é o oba, oba, né?

- Pesquisador: Essa pressão, o senhor acha que de maneira geral ela chega a ter alguma influência sobre as decisões dos juízes?

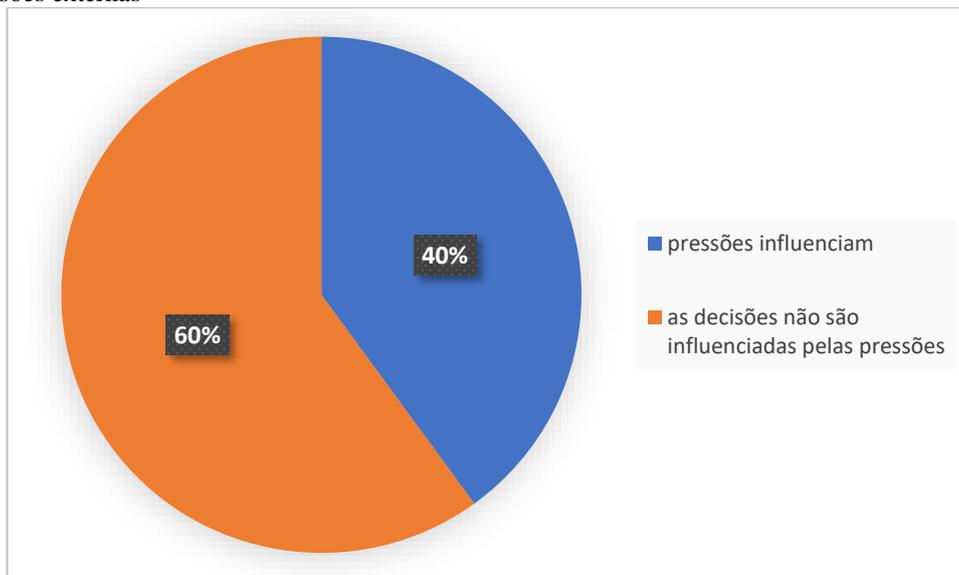
- Entrevistado 04: Olha, eu vou te dizer assim, a gente tá vivendo uma época muito delicada, é... e o grande marco é inegavelmente a operação Lava Jato, é, eu percebo, como eu sou da área da, como eu sou professor e estudioso de direito processual, civil e penal, é... eu observo a jurisprudência, né, especialmente a jurisprudência federal, e eu percebo que houve um embrutecimento, houve um aumento do punitivismo, isso assim, eu não tenho a menor dúvida, isso é nítido, houve um aumento do rigor das penas [...].

[...] então eu vejo com preocupação essa onda, e vejo sim que o Judiciário tá se deixando levar pela opinião pública [...]. (Juiz 4).

Tá, olha, dos órgãos eu nunca tive absolutamente nada, tenho que ser absolutamente justo, completa autonomia de fazer as coisas como eu entendesse que fosse justas e fundamentadamente, né, claro, mas a pressão faz parte do trabalho do juiz, infelizmente, e é esse um dos fatores daquela insalubridade de que eu te falei lá né, tem pressão de tudo quanto é lado [...]. Então, aí depende de cada um assim, né, eu não vou poder falar dos outros, né, de mim, eu já estou na carreira já faz mais ou menos uns onze anos e pouco e tenho a minha consciência absolutamente em paz, isso é o meu bem maior, a consciência de sempre ter feito o melhor, extremamente comprometido com aquilo que é justo, com os limites ali da lealdade, das regras que existem, eu acho que é isso que eu posso dizer, agora dos outros, assim, o que eu posso dizer é, assim, se alguém não preparado for exercer o cargo isso pode acontecer. (Juiz 7).

O gráfico abaixo apresenta como os entrevistados se apresentam em relação à possibilidade de as decisões sobre prisão preventiva serem influenciadas por pressões externas, como a da mídia e a da opinião pública:

Gráfico 11 - como os participantes apresentam a possibilidade de as decisões judiciais poderem ser influenciadas por pressões externas



Fonte: Elaborado pelo autor

#### 6.2.3.2.2 A prisão preventiva aprioristicamente para determinados crimes

Na concepção dos juízes, como regra geral, as prisões preventivas deveriam ser decretadas para determinados tipos penais específicos? Há crimes que a princípio ensejam a decretação da prisão por si sós? Esta foi uma questão discutida com frequência nas entrevistas.

E o resultado obtido é de que a expressiva maioria dos entrevistados admite que a notícia da prática de certos crimes levará necessariamente, ou pelo menos provavelmente, à decretação da prisão do investigado. As justificativas apresentadas para se estabelecer aprioristicamente uma regra de prisão nesses casos têm relação com o fato de os juízes considerarem esses delitos como de maior gravidade.

Do rol dos delitos que tenderiam a resultar em preventivas pela concepção de uma inerente gravidade, para estes participantes, foram geralmente apontados os de corrupção, roubo e tráfico de drogas:

- Entrevistado 02: [...] mas eu estou do lado daqueles que entendem que, no momento atual, principalmente a prisão preventiva, deve ser aplicada com muito rigor, principalmente nos casos de corrupção e de esquemas de lavagem de dinheiro decorrentes da corrupção, né? E não considero que isso seja decisão extralegal, mas apenas a estruturação e aplicação realista da norma como a norma tem que ser aplicada diante das circunstâncias, é... sem levar ao extremo o princípio da presunção de inocência [...].
- Pesquisador: sim, em relação à prisão preventiva, se aprioristicamente são crimes que demandam rigor maior ou uma aplicação com mais frequência da prisão preventiva ou não...

- Entrevistado 02: eu... é... aí, claro que vou fazer uma apreciação pessoal e espero jurídica, né? Assim como os casos de corrupção, o tráfico de drogas também, é... tem repercussão, uma repercussão social muito grande e exige, é... não só mais rigor, mas também mais rapidez na apuração e na... na aplicação da lei. [...] É... via de regra, os roubos também são muito graves, então, a violência normalmente empregada é muito grave... e eu considero que tanto, é... o, o... a corrupção, o crime de corrupção passiva, corrupção ativa, formação de quadrilha, é... nesse âmbito ou mais na linguagem mais atualizada, a formação de uma organização criminosa, que também muitas vezes tá associada ao tráfico de drogas e aos roubos, né, a gente vê aí um roubo de cargas, que tem sido um problema sério no Brasil, muitas vezes com a morte dos caminhoneiros, né, aí a gente já cairia na... na, para o latrocínio, né, eu penso que esses casos de tráfico e de roubo, normalmente também demandam um rigor muito grande na, na aplicação da norma. (Juiz 2).

Eu, a visão que eu tenho é de que no mundo de hoje, e sobretudo aqui no Brasil, a sociedade, ela demanda uma resposta imediata, por exemplo, nos crimes de tráfico de drogas, de corrupção, não é, a corrupção envolvendo agentes públicos, lavagem de dinheiro porque nesses delitos você têm...você atinge, quer dizer, o resultado da ação criminosa, ele não atinge apenas uma pessoa, são delitos que não tem uma só vítima, né, algumas modalidades de delitos de corrupção, por exemplo, de lavagem de dinheiro, alcança uma sociedade inteira porque a corrupção, ela tira o dinheiro do hospital, da escola, da ambulância da, não é,...enfim, são modalidade de delitos que a própria sociedade reclama uma pronta intervenção do Estado-juiz. (Juiz 5).

- Pesquisador: quais tipos de crime que é... aprioristicamente a tendência é por uma decretação de prisão, o que o sr. vislumbra nesse caso?

- Entrevistado 06: Os crimes contra a vida que é o bem maior nosso, né, os crimes contra a vida.

[...] então nós, nós vamos verificar que existe uma probabilidade muito maior numa decretação de prisão preventiva no roubo, se comparado com o furto ou com o estelionato, né, a repercussão do furto e do estelionato tanto pra vítima como pra sociedade como um todo, ainda que sejam consequências ruins, elas não são tão nefastas, tão gravosas quanto aquele que se viu envolvido num crime com violência contra a pessoa dele ou uma grave ameaça ou de algum familiar, então, naturalmente o enfoque acaba sendo um pouco diferente. O crime do tráfico de drogas também é muito... depende muito da circunstância de como foi o cometimento desse crime de tráfico de drogas [...]. (Juiz 6).

- Pesquisador: A princípio, na visão do senhor, esses delitos mais graves, principalmente esses últimos que o senhor mencionou, são casos que, em regra geral, o senhor entende que eles demandam, a princípio, a decretação de prisão preventiva?

- Entrevistado 07: Olha, é... Desde que preenchidos no papel documentalmente os requisitos, sim, tá? Aí eu queria fazer uma outra ressalva, *(trecho suprimido para preservar o anonimato do participante)* e...então assim, eu acho que, a princípio, quando há uma gravidade concreta do fato ali que realmente é...é um fato que legalmente também se enxerga assim, por exemplo, o tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, então, ou seja, ou a gente entende e respeita o que o próprio legislador colocou, né, ou então vai ser difícil a gente manter uma coerência e de mais a mais a gente entende assim, a gente enxerga no dia a dia que o tráfico de drogas ele é muito grave

não só é...pelo mau nefasto aí e devastador que ele causa em quem consome drogas, em quem se vicia nas drogas, e que a gente vê corriqueiramente sendo presas essas pessoas por outros crimes, mas decorrentes do vício delas e que elas muitas vezes estão fisicamente se matando, se matando mesmo é...[...] eu acho, dessa gravidade indireta, que embora não haja uma violência direta nessas práticas, mas elas geram males grandiosíssimos, aí é o tráfico de drogas e o, e a, desvio de dinheiro público, né, então assim, ou se enxerga isso realmente de uma forma clara coerente com aquilo que a gente deveria querer, que é viver em uma sociedade pacífica ou minimamente pacífica, ou então eu acho que a gente vai cada vez mais aí colocar o nosso futuro sob sérios riscos aí. (Juiz 7).

Os crimes cometidos com violência à pessoa, né? Os roubos são extremamente graves, pela repercussão social que causam e notadamente as consequências psicológicas às vítimas, acho que são crimes que, não como regra, mas merecem uma análise mais cuidadosa com a finalidade de decretação da prisão preventiva. (Juiz 8).

- Pesquisador: O sr. falou em crimes graves, o sr. poderia elencar, quais crimes o sr. considera graves e que, a princípio, demandam em regra uma decretação de prisão preventiva?

- Entrevistado 09: Os crimes hediondos, a não ser que haja uma circunstância muito especial, que no caso concreto, que o caso concreto indique que ela não é necessária, que ela é extrema, então, diria os crimes hediondos e os crimes praticados com violência, grave ameaça à pessoa. [...] por isso que, mesmo com pouca droga, mesmo no caso de pouca droga é decretada a preventiva, né [...]. (Juiz 9).

- Pesquisador: O sr. falou de alguns crimes, é...tem alguns crimes específicos que o sr. vê que são casos, a princípio, de decretação sempre de prisão preventiva?

- Entrevistado 10: Com certeza. Crimes violentos, em primeiro lugar, porque o crime violento, a pessoa corre risco de vida, tá, não é só o patrimônio que está em jogo. Num assalto o assaltante tá armado, geralmente está armado ou está em uma situação que ele pode tirar a vida ou ferir gravemente a vítima. Também faço uma extensão a crimes de ordem sexual, normalmente esses crimes revelam um dolo muito intenso, é...realmente há uma invasão de privacidade, de intimidade à vítima, que é absolutamente inaceitável e até que os fatos sejam esclarecidos, também considero bastante perigoso deixar uma pessoa dessa, desde que haja provas suficientes, evidentemente, também acho muito perigoso deixar pessoas assim, é...em total liberdade, né, então, ao meu entender – são mais esses tipos de delitos que colocam em risco a integridade das pessoas. (Juiz 10).

Como pode ser visto nas citações anteriores, existe uma primeira tendência em associar a gravidade à violência. Mas não foram construídos nos discursos critérios que fossem a rigor objetivos para se determinar a gravidade ou não de um delito em todas as situações.

Por outro lado, dentre os entrevistados há aqueles que apresentam resistência em admitir que se estabeleça a prisão preventiva como regra para determinados delitos. Dentre esses, alguns participantes trazem nos discursos o reconhecimento de uma tendência entre os juízes

de se estabelecer de maneira disfarçada a prisão como regra para determinados crimes, utilizando de técnicas argumentativas para encaixá-los dentro das hipóteses legais de decretação:

Nenhum caso, aprioristicamente, se deve decretar a prisão preventiva, você tem ver o caso concreto, os dados daquela pessoa, os fatos que estão sendo praticados ali, a escala em que tá sendo praticada ali, então tudo tem uma ponderação [...]. (Juiz 1).

- Pesquisador: No seu entender, também tem alguma espécie ou espécies de delito que, como regra geral, demandam uma... necessariamente a conversão em uma prisão em flagrante preventiva...

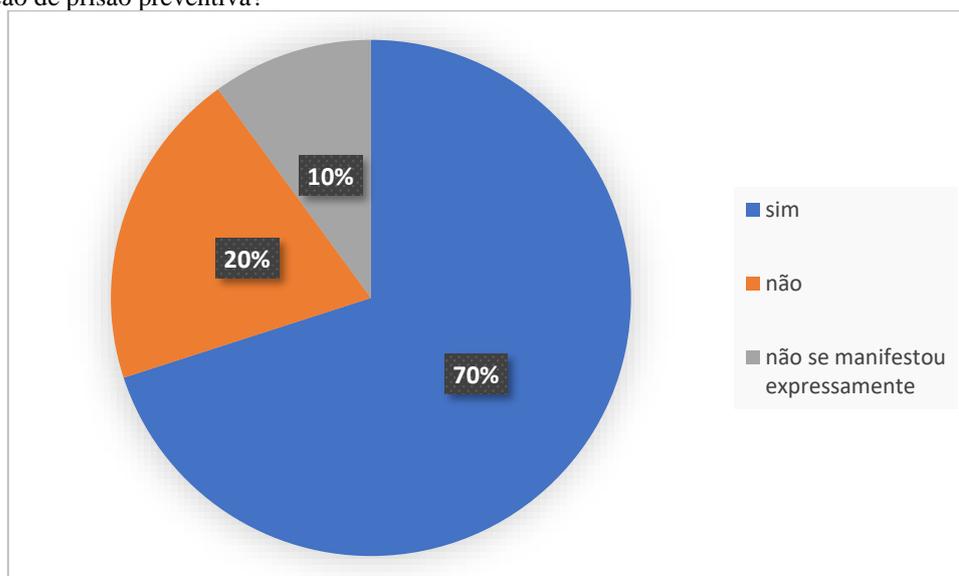
- Entrevistado 04: Não.

- Pesquisador: ou pelo menos chamam mais atenção, induzem a isso?

- Entrevistado 04: Não. Como eu disse isso independe do tipo penal, da quantidade de pena, mas eu reconheço que como observador que sou, até porque eu te expliquei, eu gosto de estudar ciência comportamental, os juízes quando lidam com tipo, com determinados tipos penais, geralmente crimes hediondos ou com penas muito altas eles se enviesam, a impressão que eu tenho é que eles tentam encaixar retoricamente aquele caso em uma hipótese prevista em lei de decretabilidade de preventiva, mas a rigor não [...]. (Juiz 4).

Com o gráfico abaixo procuramos responder se para os juízes existem crimes que aprioristicamente (não necessariamente) levam à decretação da prisão preventiva em razão da gravidade que os magistrados atribuem ao tipo penal:

Gráfico 12 - para os participantes, há crimes que, por sua considerada gravidade, ensejam aprioristicamente a decretação de prisão preventiva?



Fonte: Elaborado pelo autor

### 6.2.3.2.3 As posições ideológicas acerca das gravidades das condutas e as concepções sobre a (des)criminalização das drogas

Além disso, as concepções ideológicas subjetivas de cada juiz se mostraram bastante relevantes na atribuição ou não de uma gravidade intrínseca a determinados delitos, em especial ao crime de tráfico de drogas e, por consequência, na consideração apriorística pela decretação ou não de preventivas nesses casos.

Como visto acima, o juiz 1 foi um dos participantes que se posicionou contrário à admissibilidade apriorística de prisões preventivas para determinados delitos. Ele foi o juiz que mais enfaticamente trouxe sua opinião em favor na descriminalização dos delitos envolvendo drogas:

- Entrevistado 01: Minha opinião pessoal contra droga? A minha opinião pessoal contra droga é que essa legislação devia ser revogada.
- Pesquisador: E o que que deveria vir no lugar?
- Entrevistado 01: Fazer um teste de descriminalizar e dar outro tipo de tratamento porque o método atual no meu modo de ver tá errado [...] eu por mim, se eu tivesse o poder de fazer, eu revogaria essa legislação e faria como uma coisa semelhante ao que fizeram com o cigarro, regularia administrativamente, assim, falando do...do...modo mais genérico possível e é...é...eu tiraria esse tipo de conduta da esfera da política criminal e colocaria na esfera de política de saúde pública, de administração tributária, de negócios, ia fazer um negócio desse tipo, e com essas drogas mais pesadas e as pessoas que chegassem ao ponto de usar, ao ponto de ficarem doentes com isso é...dá um tratamento de saúde, principalmente porque isso sairia mais barato do que você é...fazer repressão criminal, né [...].

De outro lado, praticamente todos os demais juízes que se posicionaram a princípio no sentido de uma maior tendência pela decretação de prisões em determinados casos, foram enfáticos em manifestar que as condutas (como roubos e corrupção) eram graves nesses casos, notadamente a conduta do tráfico, que deveria sim ser coibida criminalmente. Essas posições já estão explícitas nas citações anteriores, em que relacionamos os trechos das entrevistas indicativos da posição favorável de parcela dos magistrados pelo cabimento apriorístico da prisão cautelar para determinados crimes. Mas também são reforçados por outros momentos dos discursos:

Olha, eu acho o crime tráfico de drogas extremamente grave, por todas as repercussões sociais causadas, a gente vê na prática que a grande maioria dos crimes tem ligação, de certa forma, com a droga, é... a grande maioria comete roubos e furtos pra manter o vício da droga ou pratica o tráfico pra manter o vício da droga, então acho que o tráfico é extremamente grave [...]. (Juiz 8).

- Pesquisador: E tráfico de droga, como que o sr. vê a prisão preventiva em relação ao tráfico de droga, é... se a quantidade de droga influencia ou não pra decretar ou pra conceder uma liberdade provisória, ou, a princípio, o tráfico é um caso de decretação de prisão?

- Entrevistado 09: Não, o tráfico de drogas, ele é grave, ele em si é grave, ele em si, é, não importando a quantidade de droga, ele é grave porque em razão da, porque é uma questão de saúde pública inclusive [...] por isso que um grama de maconha leva à prática desse crime, por causa da potencialização e deve ser, na minha opinião, isso deve ser incriminado, essa conta, deve ser incriminado, justamente pra proteger a sociedade [...]. (Juiz 9)

### 6.2.3.3 Síntese dos resultados da categoria de análise

No âmbito da categoria de análise a respeito dos fatores considerados pelos juízes ou de qualquer forma capazes de influenciar a tomada de decisão sobre a decretação ou manutenção das prisões preventivas, sintetizamos os seguintes resultados conforme os fatores investigados estejam relacionados a elementos previstos na legislação ou fatores que a princípio são alheios às regras legais.

Quanto aos fatores classificados como relacionados direta ou indiretamente a aspectos legais, os resultados obtidos foram os seguintes:

- a) salvo para um único entrevistado, todos os demais participantes admitem que a localidade de atuação do juiz é um fator de influência relevante nas decisões sobre prisões cautelares; para a maioria deles o fator preponderante seria o tamanho da cidade, resultando em um maior rigor quando atuam numa cidade pequena (em que há maior atenção e proximidade aos fatos delitivos) do que para situações semelhantes que aconteçam em grandes centros (onde a repercussão de delitos ficam diluídos na comunidade);
- b) para a grande maioria dos voluntários da pesquisa, um fator muito relevante para se decidir sobre a prisão preventiva ou manutenção da liberdade é o da projeção da pena que o acusado poderá receber quando for proferida a sentença, tanto em relação à quantidade de pena, como o regime inicial que deve ser fixado e ainda a perspectiva ou não da pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos;
- c) a existência de “antecedentes” da pessoa acusada está entre os principais fatores considerados pelos participantes para se decretar sua prisão preventiva; e os sentidos construídos para este “fator antecedentes” não é necessariamente coincidente com as hipóteses configuradoras de “maus antecedentes” ou “reincidência” previstas na legislação; consideram “antecedentes” de maneira mais ampla, como todo registro

formal (às vezes mesmo notícias informais), no sentido de que em algum momento passado (próximo ou remoto) a pessoa tenha sido objeto de investigação em um inquérito ou tenha respondido a um processo criminal, independentemente também dos desfechos dos procedimentos

- d) a relação entre a prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência são construídos de formas distintas entre os participantes; na tentativa de sistematização desses resultados em grupos, podemos basicamente elencar que para um primeiro grupo não haveria nenhuma relação entre os dois institutos; para um segundo grupo a presunção de inocência teria uma relação com a prisão preventiva, mas não chegaria efetivamente a limitá-la; e para um terceiro grupo a presunção de inocência deveria ser uma limitadora na medida em que levaria à excepcionalidade da prisão preventiva.

De outro lado, foram construídos pelos próprios participantes discursos no sentido de que os magistrados acabam levando em consideração ou, ao menos, sendo influenciados por circunstâncias e fatos que, a princípio, não estão previstos nas normas legais que balizam as prisões preventivas nem guardam relação com elas. Neste ponto obtivemos os seguintes resultados:

- e) não há consenso algum entre os juízes sobre o potencial de pressões externas – como a feita da mídia ou pelo clamor público – influírem sobre as decisões; parcela dos participantes admite essa influência e outra parcela está convicta em não a admitir;
- f) para a grande maioria dos entrevistados, crimes que eles consideram graves (geralmente corrupção, tráfico de drogas e roubo) devem ensejar aprioristicamente a decretação da prisão preventiva, salvo se presentes circunstâncias excepcionais que justifiquem a manutenção da liberdade;
- g) constatamos uma correlação entre a opinião dos participantes sobre a gravidade das condutas e a tendência em se posicionar sobre o cabimento apriorístico da prisão preventiva para determinados crimes;
- h) essa correlação anterior ganha destaque quanto à ideologia sobre a (des)criminalização das drogas; juízes a favor da descriminalização estão propensos a rechaçar também uma maior probabilidade de se prender preventivamente; e juízes que vislumbram uma maior gravidade na conduta e são favoráveis à repressão às drogas por meio do direito criminal, indicam uma maior propensão em admitir que o tráfico enseje a decretação da prisão a princípio (não necessariamente em todos os casos).



## **7 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS – INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO – OS SENTIDOS DAS PRISÕES PREVENTIVAS PARA OS MAGISTRADOS E FATORES RELEVANTES NAS SUAS DECISÕES**

Este capítulo é uma continuação do anterior. A divisão não foi feita por questões metodológicas, mas apenas para melhor organização e facilitação da leitura, já que a apresentação dos resultados ficou relativamente extensa.

Mais propriamente ele diz respeito à busca de extração de significados e sentidos de práticas discursivas, revelando a (re)construção dos sentidos produzidos a partir das entrevistas, com uma carga de subjetividade ínsita à abordagem qualitativa.

### **7.1 Interpretação dos resultados - cotejo entre os sentidos produzidos pelos juízes acerca da prisão preventiva e as regras legais**

Dados os resultados de todas essas categorias de análise, passaremos à etapa da interpretação.

#### *7.1.1 Considerações introdutórias*

As etapas da inferência e da interpretação são as que permitem a generalização ou a teorização sobre o objeto de investigação, a partir dos resultados obtidos na pesquisa.

As inferências não foram obtidas primordialmente por indicadores de frequência, apesar da recorrência também ter sido considerada. Em razão da abordagem qualitativa, que leva em maior consideração a complexidade do fenômeno social e humano investigado, apenas não procuramos mensurar a importância dos temas a partir do grau de ocorrência ou recorrência deles durante a pesquisa, apesar desses dados (números de citações por códigos) terem sido indicados nas tabelas de cada categoria de análise para conhecimento do leitor.

Ainda nesse sentido, procuramos acompanhar as recomendações de Silverman (2017, p. 153) para realizar uma análise que considere, ao máximo, não apenas trechos pontuais selecionados, mas também a totalidade e os contextos das entrevistas.

É verdade que na apresentação dos resultados dentro de cada categoria de análise (item 6.2) nós utilizamos recortes e citações parciais, que eram elucidativas dos pontos que enunciávamos. Isso porque seria inviável, do ponto de vista organizacional, citarmos a íntegra das transcrições das entrevistas nessa fase de apresentação dos resultados; assim como nos parece

que ficaria sem credibilidade e rigor metodológico os apontamentos dos mesmos resultados sem substrato nas citações.

Contudo, essa técnica comum de apresentação de resultados nos estudos empíricos com entrevistas (FONTAINHA, 2012; FRAGA, 2013; XAVIER, 2012) – com reprodução de trechos das transcrições acompanhados das considerações e inferências do pesquisador – não significa que a interpretação dos dados será feita sem considerar a integralidade das entrevistas e dos contextos mais amplos, que são conhecidos pelo pesquisador, até porque foram também construídos por ele com coparticipação dos entrevistados.

A metodologia empregada contou com um distanciamento temporal entre o momento de coleta dos dados (das práticas discursivas) e aquele da sua análise, acrescentando entre eles momentos reflexivos de depuração.

Buscamos observar, simultaneamente, as pretensões de objetividade e de subjetividade da pesquisa. A objetividade em relação ao discurso analisado como limite ao que será teorizado com a análise dos dados. E a subjetividade que compreende o discurso não apenas como as palavras pronunciadas, mas considera como seus componentes também o contexto em que proferido e as relações interpessoais que influenciam sua manifestação.

Em resumo, procuramos realizar uma leitura circunspecta e crítica, com uma interpretação não espontânea dos fatos sociais. Tendo em mente a preocupação em alguma medida com um rigor metodológico, procuramos ser mais cautelosos (não isentos) quanto a procedimentos heurísticos imediatos do pesquisador.

Por fim, em razão da perspectiva construcionista que procuramos adotar, cabe frisar que os resultados e sentidos não foram produzidos exclusivamente pelos entrevistados, mas de maneira relacional com o pesquisador, na medida em que, além de introduzir o tema das entrevistas, procurávamos por meio de esclarecimentos e principalmente perguntas, não deixar as entrevistas serem desviadas totalmente dos enfoques pretendidos. Até porque optamos por utilizar a entrevista semiestruturada ou semidirigida, e não a aberta, de forma que havia o direcionamento por um roteiro prévio de perguntas, ainda que ele fosse flexível e adaptável às respostas e caminhos percorridos por cada participante.

### *7.1.2 Atribuição de significados para os sentidos construídos acerca da prisão preventiva*

Os vários resultados nos permitem depreender que a legislação, os seja, as regras jurídicas, são de fato balizas orientadoras importantes, que são levadas em consideração em

alguma medida pelos juízes no processo de tomada de decisão acerca do estabelecimento ou manutenção de prisões preventivas.

Não obstante, entendemos que os magistrados não levam igualmente em consideração as várias normas legais sobre as prisões. Isso repercute de duas maneiras: a) nem todas as regras têm o mesmo peso ou importância para cada magistrado; b) nem todos os juízes atribuem os mesmos conteúdos às regras.

Por outro lado, nos parece ter ficado claro, dos sentidos construídos, que essas regras legais estão longe de serem tomadas como determinantes impositivas exclusivas ou mesmo absolutamente limitadoras das decisões. Com isso queremos dizer duas coisas. A primeira interpretação é a de que não são apenas as regras legais que são consideradas. Circunstâncias não disciplinadas ou previstas na lei também são avaliadas para a tomada das decisões.

A segunda proposição é de que, se os juízes estiverem diante de um caso que subjetivamente consideram grave ou merecedor de uma resposta pronta e efetiva do Judiciário, não necessariamente ficarão restritos aos limites legais negativos à prisão; ou seja, potencialmente serão capazes de decretar a prisão preventiva a despeito da falta de autorização legal expressa para se prender naquele tipo de situação.

Gostaríamos de deixar claro que não estamos afirmando que os juízes deliberam de maneira consciente, no sentido de expressa e convictamente ignorarem ou descumprirem as regras legais. Até porque a pesquisa não foi conduzida para buscar essa resposta, nem os dados que dela emergiram nos parecem propiciar tal conclusão.

É possível e provável que essas situações ocorram inconscientemente ou inadvertidamente, em razão de convicções ideológicas e/ou ritmos (e volumes) de trabalho que resultem em vários vieses cognitivos a afetar o processo decisório. A metodologia utilizada para a pesquisa também não era própria para a confirmação de vieses ou processos heurísticos e nem foi esse o escopo da investigação. Desta forma, também não temos como confirmar essa hipótese, que apresentamos como uma possibilidade.

Em razão dessas observações destacamos que o estudo tem essa limitação quanto à conclusão de quais seriam as causas, dentro do processo cognitivo de tomada de decisão, que levariam às proposições que apresentamos sobre a relação entre as regras jurídicas e os sentidos construídos pelos juízes sobre decisão de prisão preventiva.

Passamos enfim a fundamentar as cinco interpretações realizadas no início da seção.

### 7.1.2.1 As regras jurídicas como balizas importantes para a decretação da prisão preventiva

Nos posicionamos pela afirmativa de que as regras legais são parâmetros balizadores da decretação da prisão preventiva em razão dos primeiros resultados, que indicam que os juízes recorrentemente atribuem ao instituto a finalidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, que são fundamentos explicitamente relacionados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Os discursos construídos por alguns dos juízes em relação à necessidade de observância da prisão preventiva como exceção, também fundamentam esta conclusão de que as normas jurídicas são parâmetros importantes. É verdade que esse discurso foi compartilhado tanto por aqueles que conhecem os dados sobre a população carcerária e enxergam que a excepcionalidade não está sendo verificada, como por aqueles que acham que os números de presos provisórios estão adequados ou são até reduzidos. Mas é fato que um discurso diretamente relacionado às regras jurídicas sobre a prisão está presente entre a maioria dos participantes.

Ainda sob outra perspectiva, as regras legais parecem orientar as decisões em relação aos fatores “busca de manutenção da ordem pública no local de atuação do juiz”, “quantidade de pena aplicável” e “antecedentes”. Como indicado na exposição dos resultados, esses fatores não são considerados pelos juízes de forma estritamente vinculada com as disposições do artigo 313 do Código de Processo Penal, mas seguem na mesma direção das circunstâncias que são relevantes nessas normas.

### 7.1.2.2 Algumas regras são mais importantes do que outras

Por outro lado, a interpretação de que as regras legais não são todas igualmente valorizadas decorre do fato de que ao longo da coconstrução de praticamente todos os discursos foram sempre apontadas questões relacionadas, direta ou indiretamente, às finalidades de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Contudo, apenas em algumas poucas entrevistas foram feitas alusões também à finalidade de conveniência da instrução criminal. E em nenhuma delas foi apresentada uma preocupação com a garantia ordem econômica.

Isso não significa que os juízes nunca irão decretar uma prisão com fundamento nestas últimas garantias. Só que ao se posicionarem sobre os propósitos da preventiva, elas não são normas legais que importem tanto quanto as duas primeiras. Talvez elas não importem da

mesma forma porque são menos constantes os casos que demandam a prisão por estes fundamentos.

Independente das razões que levam à maior consideração de uns fundamentos ante os demais, foi marcante que nem todo o conteúdo do artigo 312 do Código de Processo Penal, que contém os fundamentos para a prisão preventiva, é igualmente importante na concepção dos juízes quando pensam em prisões preventivas.

Além disso, como vimos no capítulo de apresentação do problema de pesquisa (item 2.1), há pelos menos 5 (cinco) filtros restritivos da prisão preventiva, com várias normas legais disciplinando a matéria de forma sistemática.

Os conteúdos de algumas delas foram apontados com maior ou menor recorrência por alguns dos entrevistados, ao passo que as disposições de outras não foram sequer aventadas.

É fato que na introdução das entrevistas nós pedimos que não fossem citadas ou reproduzidas as regras previstas na legislação, até porque poderíamos obtê-las apenas com a leitura do Código, mas não restringimos e até incentivamos que fossem explicitados o que os juízes efetivamente levavam em consideração acerca da prisão preventiva. E nessa linha foram por eles indicados os vários elementos, situações e fenômenos que guardavam ou não relação com as normas jurídicas de regência da matéria. E é a partir de coincidência ou ausência em relação aos conteúdos das normas que fazemos essa interpretação.

### 7.1.2.3 As regras jurídicas sobre a prisão preventiva não têm os mesmos conteúdos para todos os juízes

Uma das situações das nossas entrevistas que potencialmente melhor exemplifica a indeterminação e variação na atribuição de conteúdo pelos juízes é a regra da garantia da ordem pública.

Os conteúdos atribuídos são bastante amplos, indo desde a contumácia delitiva (associada à projeção de reiteração criminosa), passando pela necessidade de se conter crimes considerados graves (foram exemplificados os violentos e/ou de corrupção e/ou de tráfico de drogas) e que perturbariam a paz da comunidade; até a ideia de manutenção da credibilidade do próprio Poder Judiciário perante a opinião pública.

O conteúdo é tão variável que parte dos próprios juízes reconhece a excessiva abstração da norma e lhe imputam a responsabilidade por permitir prisões preventivas arbitrárias e seletivas.

Outro exemplo muito relevante é o da presunção de inocência. Ele é mais sintomático porque diferente de outras normas de conceitos mais abstratos – como a própria ideia do que seja a ordem pública – a presunção de inocência é uma norma que já teve seu conteúdo expressamente definido e delimitado pela própria Constituição.

É a norma constitucional (artigo 5º, inciso LVII) que traz como significado da presunção de inocência o de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E se o conteúdo já foi definido pela norma, a princípio poderíamos pensar que não haveria discussão, muito menos divergências sobre ele.

Mas os resultados já foram sintetizados anteriormente indicando que o conteúdo, mesmo quando já expresso e delimitado na norma, tanto é ressignificado pelos juízes como eles divergem sobre qual novo conteúdo deva ser atribuído. Dentre os que se manifestaram explicitamente sobre a extensão a ser dada à presunção de inocência, parcela deles apresentou a ideia de que ela não subsistiria após a decisão de segundo grau e para outra parcela seria natural entender que ela deixaria de ser considerada já com a condenação em primeira instância.

Além desses dois casos (ordem pública e presunção de inocência) fundamentamos a interpretação com um terceiro resultado. Como já enunciado anteriormente, entre os participantes não houve muita divergência quanto à afirmação de que as prisões preventivas devem ser excepcionais e não a regra dos sistemas processuais ou carcerários. Ou seja, a “excepcionalidade da prisão preventiva” é uma norma a princípio compartilhada pelos magistrados.

A questão controversa é sobre o que se entende por aplicação excepcional da preventiva. Dentre todos os acusados ou investigados, quantos se pode prender para que a prisão preventiva continue a ser uma situação excepcional? Considerando o total da população presa, até que percentual de presos provisórios indicam excepcionalidade da medida e a partir de quanto se indica banalização?

Mesmo conhecendo os dados sobre a composição do sistema prisional e sobre o número de presos provisórios (atualmente 40% da população carcerária), não houve consenso algum acerca da representatividade destes dados. Não há um conteúdo definido entre os juízes para a ideia de excepcionalidade.

Dos resultados que foram apresentados há uma pluralidade muito grande de concepções, sem qualquer convergência para um lado ou para outro. Como indicado, há quem entenda que esse percentual é razoável; há quem afirme que esses números são elevados e não indicam mais uma excepcionalidade na utilização da prisão preventiva; há os que entendem que esse

percentual é pequeno e mais prisões deveriam ser efetivadas; e há quem não tenha uma opinião sobre os dados.

#### 7.1.2.4 As regras legais não são as únicas circunstâncias relevantes

A ponderação de que as normas jurídicas não são as únicas circunstâncias consideradas na aplicação das prisões preventivas decorre inicialmente dos resultados que apontaram que para alguns juízes outros fatores sem qualquer previsão normativa são vistos como finalidades relevantes para a prisão preventiva, como a de se prestar a ser um “castigo” para o acusado. Neste ponto nos parece haver um deslocamento de uma finalidade teórica da pena (a retributiva) para a prisão preventiva.

Outra finalidade atribuída que não nos parece ter relação com as normas legais foi a de proteção da integridade de próprio investigado em crimes com maior repercussão social. Isso porque não há nenhum indicativo na legislação de que a prisão (nem cautelar nem definitiva) possa ser utilizada para proteger o próprio preso. Medidas efetivamente protetivas poderiam ser pensadas, como apenas exemplificativamente a proteção e vigília policial à pessoa em situação de risco. Além disso, se a prisão tiver a finalidade de proteger a integridade da pessoa, no mínimo ela teria que depender da anuência do futuro preso, já que ninguém que seja capaz e esteja consciente pode ser involuntariamente compelido a ser protegido.

Outras finalidades atribuídas nos discursos à preventiva, como a contenção da violência e das práticas delitivas de maneira geral, apesar de não serem expressamente previstas na legislação, geralmente foram associadas como representativas da ideia de ordem pública, e como este é um fator legal expresso, deixamos de utilizá-las como fundamento da presente interpretação.

Mas além disso, alguns magistrados ainda indicaram criticamente que outros fatores têm influenciado nas decisões de parcela do Judiciário, resultando em desvirtuamentos da prisão preventiva, como a busca de promoção do conceito das instituições perante a opinião pública, através da realização de operações de repercussões midiáticas. Também a coação de pessoas investigadas para confessarem delitos ou delatarem crimes atribuídos a terceiros. E ainda a prisão como forma de consolidação de associação e parceria com os órgãos de persecução penal (Polícias e Ministério Público) na busca da repressão à criminalidade.

Como nem a promoção das instituições jurídicas perante a opinião pública nem a coação para fins de confissão ou delação, nem a consolidação de parcerias são finalidades legais da preventiva, mas foram apontados por membros do próprio Judiciário como fatores que

influenciam em alguns casos para que elas sejam decretadas, esses fatores acabam por corroborar a interpretação de que não são apenas as regras legais que são consideradas para se decretar ou não prisões preventivas.

E por fim, ainda houve parcela dos participantes que afirmou que as pressões externas sofridas pelos juízes – certamente um fator extrajurídico – como aquelas realizadas pela mídia ou pelo clamor público, podem influir sobre essas decisões. Como apresentado, há parcela de juízes que rechaçam essa possibilidade, mas a sua simples admissão por quatro dentre os entrevistados nos leva considerar como admissível essa hipótese.

#### 7.1.2.5 As regras jurídicas podem ser desconsideradas na tomada de decisões judiciais

Apostamos que essa será a interpretação mais controversa no campo da academia e da teoria da decisão judicial. Também será provavelmente a proposição com maior dificuldade de aceitação para a maioria dos operadores do direito de maneira geral e para os participantes voluntários da pesquisa em especial.

Acreditamos que não poderia ser diferente! Mas também que não teríamos como deixar de afirmá-la, após sua efetiva constatação, neste trabalho que tanto parte das premissas do realismo jurídico enquanto referencial teórico, como se ancora em estudos realistas empíricos recentes.

Em relação à teoria da decisão, como abordamos em maior dimensão e profundidade no capítulo dedicado ao realismo jurídico (item 5.1), temos neste campo, a grosso modo, tanto as teorias normativas ou prescritivas como as teorias descritivas da decisão judicial. As primeiras, fundamentadas em uma racionalidade ideal, são muito mais convencionais e provavelmente ainda bastante predominantes na academia e especialmente no ensino jurídico nacional, o que repercute na formação e atuação e convicção dos profissionais do direito.

Já as teorias descritivas, que encerram uma perspectiva realista, apesar de não serem necessariamente novas e apesar de estarem ganhando repercussão em grupos específicos da academia e ensino jurídico atualmente, ainda são trabalhadas em menor dimensão (vide item 5.1.3) e são indiscutivelmente menos conhecidas pelos operadores do direito.

Quanto aos participantes da pesquisa, como era mesmo esperado e seria natural, nenhum afirmou, em qualquer momento, que desconsideraria eventualmente as regras legais para decretar uma prisão. E por esta razão aventamos a possibilidade desta interpretação não ter boa aceitação entre eles, o que, de qualquer forma, não poderia ser um limitador da pesquisa científica, até porque nenhum participante condicionou a utilização dos dados a conclusões que

corroborassem os seus discursos, nem seria possível ou esperado algo do tipo diante das regras éticas de pesquisas.

Sobre isso, nos cabe informar que assumimos o compromisso ético de encaminhar uma cópia da dissertação, após sua apresentação em banca examinadora, aos entrevistados que assim desejassem. Nove entre os dez participantes optaram por recebê-la.

Portanto, a versão final do trabalho será encaminhada e estaremos à disposição para receber eventualmente as devolutivas dos voluntários e travar diálogos com as pessoas que gentil e altruisticamente disponibilizaram seu tempo para colaborar com a investigação científica. Acreditamos que com esse processo a pesquisa acadêmica tem maiores possibilidades de atingir seu desiderato de instrumento de transformação da realidade social e causador de inquietações reflexivas. Até porque, uma pesquisa sociojurídica que sirva apenas para manutenção do *status quo* parece ser prescindível.

Passamos então a fundamentar a interpretação que resulta na conclusão de que as regras jurídicas podem ser desconsideradas pelos juízes quando tomam decisões.

A primeira razão desta interpretação decorre de alguns pontos das proposições precedentes, a começar pela questão do conteúdo do princípio da presunção de inocência.

Conforme já trabalhamos mais detidamente no item 7.1.2.3, este conteúdo já foi delimitado pela própria Constituição, com uma redação aparentemente muito objetiva e que não precisaria de maiores elucubrações para compreensão: “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A expressão “trânsito em julgado” pode até ter conteúdo desconhecido para os leigos em direito, mas ela é uma expressão técnica básica e certamente todo e qualquer profissional do direito aprendeu na faculdade que o seu significado é o de decisão sobre a qual não caiba mais recurso.

Não obstante, nenhum dos entrevistados indicou, ao menos expressamente, “concordar” com o conteúdo da norma sobre a presunção de inocência. A maioria construiu explicitamente um novo conteúdo (presunção de inocência até a decisão em segundo grau ou mesmo até a sentença condenatória de primeiro grau), demonstrando que os juízes, podem sim desconsiderar as normas legais e reconstruí-las se elas não estiverem coerentes com as suas convicções.

O segundo exemplo também já abordado acima diz respeito aos desvirtuamentos nas finalidades da prisão preventiva elencados por alguns dos próprios entrevistados. Para não retomarmos toda a discussão, apontamos de maneira sintética para o fato de que parcela dos juízes reconhecem a utilização da prisão preventiva por alguns membros do Judiciário para situações em que ela não seria legalmente cabível.

E a terceira situação a corroborar a interpretação que estamos fazendo decorre da opinião de parcela substancial dos entrevistados que indicam existir crimes que aprioristicamente demandariam a decretação da prisão preventiva, salvo se situações peculiares e excepcionais recomendassem o contrário.

Só existe a vedação legal à liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas (artigo 44 da Lei nº 11.343/06) e mesmo assim essa regra já foi declarada inconstitucional em várias oportunidades tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça. Em relação ao STF a declaração de inconstitucionalidade vem sendo reiterada desde o ano de 2012 (no *Habeas Corpus* nº 104.339) e foi reafirmada em 2017 no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.038.925.

Em relação aos crimes hediondos, até existia regra semelhante no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, que vedava a concessão de liberdade provisória, impondo necessariamente a decretação de prisão preventiva. Contudo essa regra foi revogada desde o ano de 2007 pela Lei nº 11.464. Desde então não há mais nenhuma previsão normativa que determine aprioristicamente a prisão preventiva para qualquer tipo de delito.

Para outros crimes que foram igualmente apontados como graves para parcela dos entrevistados, como roubo e corrupção, que não estão no rol taxativos de crimes hediondos, sequer existiu a qualquer tempo regra que autorizasse a prisão preventiva aprioristicamente para eles.

Portanto, as normas vigentes sobre prisão preventiva são apenas as que apontam para a sua excepcionalidade, não importando qual seja o tipo penal imputado à pessoa acusada. Mesmo assim, ficou claro do teor dos discursos construídos que, para a maioria dos julgadores, uma vez considerada determinada conduta como grave, a tendência (não necessariamente como regra absoluta) será a determinação da prisão cautelar ao acusado de tê-la praticado. Passa a haver uma inversão da norma: a prisão que deveria ser excepcional passa a ser regra; ela a princípio será decretada, salvo se situações excepcionais recomendarem a liberdade. E isso também está a indicar que normas jurídicas podem ser desconsideradas ou modificadas em sua aplicação prática quando os juízes estiverem convictos de que a sua não aplicação ou sua “adaptação” é a coisa certa a se fazer, conforme as concepções ideológicas de cada um.

## 7.2 Discussão – a interpretação dos resultados a partir do referencial teórico e de outros estudos realistas

Neste ponto fazemos uma retomada sintética do referencial teórico e de estudos científicos prévios para comparação com os resultados já interpretados.

As discussões sobre as decisões judiciais podem ter duas perspectivas: como os juízes *devem* decidir e como os juízes *decidem*. A primeira delas pertence ao grupo das teorias *normativas* ou *prescritivas*, enquanto esta última é abarcada pelas teorias *descritivas*. Dentre as teorias descritivas temos a proposta do *realismo jurídico norte-americano* (STRUCHINER; BRANDO, 2014, p. 171–172).

O propósito basilar do realismo jurídico está na afirmação de que a análise empírica das decisões judiciais revela que elas não são tomadas por razões exclusivamente jurídicas, mas são também permeadas por um senso do que aparenta ser “justo” no caso, ainda que isso decorra de fatores extrajurídicos. A principal função das regras jurídicas não seria a de delimitar as decisões, mas a de justificar racionalmente uma decisão tomada anteriormente, com base em critérios não jurídicos (GODOY, 2013, p. 6; LEITER, 2002, p. 1).

Esta conclusão foi corroborada por alguns estudos empíricos indicados no item 5.4. Entre eles uma pesquisa chega a confirmar como a fome e o cansaço podem direcionar substancialmente as decisões judiciais de maneira a prejudicar pessoas presas em audiências de livramento condicional (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011). Outro estudo demonstra como as penas podem ser aumentadas ou diminuídas nas sentenças em razão do viés da ancoragem, pelo simples fato de o juiz ler uma sentença aleatória antes ou tirar um número na sorte de dados antes de decidir (ENGLISH; MUSSWEILER; STRACK, 2006).

Pesquisas empíricas recentes estão no sentido de confirmar a influência dos mais variados fatores extrajurídicos na tomada da decisão judicial.

Em resumo, para o realismo e para vários estudos recentes, o direito não é o único nem o principal fator determinante das decisões judiciais.

E a interpretação dos resultados coincidiu com esse postulado, especialmente nos pontos em que concluímos que para os juízes as regras legais não são as únicas circunstâncias relevantes (item 7.1.2.4).

Isso foi verificado em várias situações dentro das categorias de análise. Entre elas a imposição de prisões preventivas como forma de “castigo”, para “proteção” do próprio investigado, como meio de promoção institucional ou visando à coação de acusados para

confessarem crimes ou delatarem outras pessoas, todos eles motivos não admitidos ou previstos na legislação.

Como afirmou Jerome Frank na perspectiva realista, as decisões são combinações do conhecimento que o julgador tenha das regras jurídicas com a sua sensação de justiça, com as concepções ideológicas e com a sua personalidade (1931a, p. 47).

Essa concepção realista também foi verificada na pesquisa quando houve interpretação de que as regras jurídicas podem, inclusive, ser desconsideradas para a decisão se o juiz estiver convicto, a partir de suas ideologias ou personalidades, que desta maneira alcançará o melhor resultado ou a solução “correta” (item 7.1.2.5).

Exemplos são a substituição do conceito de presunção de inocência, já determinado objetivamente na Constituição, por conceitos diferentes e variáveis para cada julgador e a imposição apriorística de prisões preventivas para crimes considerados graves conforme as convicções pessoais de gravidade dos juízes.

Outro elemento do realismo jurídico é a afirmação do direito como algo indeterminado. Como apontamos no capítulo 5.2, essa é uma premissa que inclusive o realismo compartilha com o positivismo jurídico de H. L. A. Hart.

Essa indeterminação conceitual das regras jurídicas também esteve presente na interpretação dos resultados, quando concluímos que as normas legais sobre a prisão preventiva não têm os mesmos conteúdos para todos os juízes (item 7.1.2.3). Os principais exemplos estão na pluralidade de concepções para o que seja a garantia da ordem pública, na questão da variação de conteúdos para o princípio da presunção de inocência e na quantificação do que caracterize ou não a utilização excepcional (ou excessiva) da prisão preventiva.

Uma outra característica do realismo, diante da indeterminação do direito, é a busca de explicação das decisões judiciais (porque os juízes decidem da forma como decidem) para além do direito, com a tentativa de se verificar quais são os estímulos dos fatos que levam às decisões.

Nesse ponto os resultados obtidos a partir dos dados coletados não permitem acompanhar a contento a proposta do realismo. Nas fases preliminares de formatação e execução da pesquisa até tivemos a intenção de procurar identificar e relacionar objetivamente quais eram os estímulos (como as ideologias, a formação familiar e educacional, o pertencimento institucional e os contextos sociais) determinantes para as decisões.

Contudo, no transcorrer do trabalho verificamos que esse aprofundamento não seria factível. Primeiro porque a metodologia empregada, as questões elaboradas ou mesmo a execução que fizemos das entrevistas semiestruturadas não surtiram todo o efeito desejado nesta

questão específica. Até obtivemos alguns elementos indicativos importantes acerca dos estímulos determinantes, mas não com a objetividade e precisão inicialmente pensadas.

E uma segunda razão foi a impossibilidade de fazer uma análise tão mais profunda dos dados, que demandaria tanto uma capacitação metodológica adicional como tempo e estrutura de trabalho que não dispomos no prazo relativamente curto do mestrado (exatos 2 anos).

Portanto apresentamos essa questão da busca e delimitação dos estímulos fáticos que explicassem as decisões como uma limitação da pesquisa; algo que não foi efetivamente alcançado e demonstrado.

Ainda ressalvamos que os realistas não eram absolutamente céticos em relação às normas jurídicas (TAMANAHA, 2010, p. 68) e acreditavam que as regras legais têm alguma influência em maior ou menor aspecto nas decisões (FRANK, 1931a, p. 43).

E essa perspectiva também é confirmada pelos resultados da pesquisa. Como indicamos nos itens 7.1.2.1 e 7.1.2.2, algumas regras jurídicas são balizas orientadoras importantes (umas mais do que outras) para as decisões de decretação ou manutenção de prisões preventivas. São os casos das regras de garantia da ordem pública e de garantia de aplicação da lei penal, bem como das regras que correlacionam o cabimento da prisão à quantidade de pena cabível para o delito ou aos registros de antecedentes criminais do acusado.

Portanto, em sede de discussão dos resultados obtidos à luz do referencial teórico, podemos concluir que aqueles estão em consonância aos elementos do realismo jurídico.

E como esse referencial também orientou a formulação das hipóteses da pesquisa, conseqüentemente concluímos que elas foram confirmadas:

- a) em alguma medida os sentidos sobre a prisão preventiva, os casos de cabimento e as razões que levam à sua decretação são mais amplos para parcela dos juízes do que os previstos nas normas legais;
- b) de maneira geral, os juízes estão sujeitos a fatores extrajurídicos que influenciam a tomada das decisões a respeito de prisões preventivas.

Por fim, cabe uma rápida discussão sobre a pesquisa e o novo realismo jurídico. Este movimento foi um marco importante e seguimos suas construções, uma vez que não só consideramos no estudo as premissas realistas, mas também buscamos a investigação empírica, por meio de técnicas metodológicas mais usuais nas ciências sociais (psicologia social), sobre a correlação e as divergências entre o conteúdo do direito posto e a sua aplicação prática pelos juízes.



## 8 CONCLUSÃO

A proposta inicial do trabalho partiu do paradoxo entre uma legislação bastante restritiva quanto aos fundamentos e situações que autorizariam a decretação da prisão preventiva e os dados levantados por outros estudos, indicando uma utilização bastante alta e corriqueira dessa modalidade de prisão cautelar.

Refletimos sobre essa situação tomando como marco teórico o realismo jurídico norte-americano. E a partir das suas premissas suscitamos a hipótese que buscamos verificar com a pesquisa: a de que para os juízes brasileiros os sentidos construídos sobre a prisão preventiva e as razões que levariam às decisões sobre ela poderiam ser diferentes e/ou mais amplos do que os sentidos e finalidades previstos na legislação.

Com isso, o problema foi formulado (item 2.3) na forma de duas perguntas: a) Para os magistrados, os sentidos da prisão preventiva e as razões de sua decretação são mais amplos do que os limites previstos na lei? b) Em caso afirmativo, quais os sentidos construídos por eles e quais são os fatores considerados ou de influência para as decisões?

Após a coleta empírica de dados por meio de entrevistas feitas com juízes, organização dos resultados e inferências com a utilização da metodologia de análise qualitativa da produção de sentidos, bem como a posterior interpretação destes dados, temos condições de responder às perguntas.

Em síntese, chegamos a cinco conclusões úteis para estas respostas:

- a) as regras jurídicas são balizas importantes a orientar as decisões acerca da prisão preventiva;
- b) algumas regras são mais importantes do que outras para a tomada da decisão;
- c) as regras jurídicas sobre prisão preventiva não têm os mesmos conteúdos para todos os juízes;
- d) as regras legais não são as únicas circunstâncias relevantes;
- e) as regras jurídicas podem ser desconsideradas pelos juízes se não coincidirem com as suas convicções sobre o que atribuem ser justo ou correto.

A partir disso, a conclusão específica em relação à primeira pergunta é a de que a resposta é afirmativa. E por isso passamos a responder conjuntamente a segunda pergunta.

Os juízes quase sempre partem de algumas regras legais ao construírem seus discursos e sentidos acerca da prisão preventiva e, por isso, concluímos que as regras jurídicas não são

fatores irrelevantes para as decisões. Elas são consideradas e têm algum peso que não foi possível mensurar com precisão.

Mas de maneira geral são apresentados vários outros elementos não previstos na legislação e por vezes nem relacionados com as regras jurídicas. Esses outros elementos são indicados tanto como finalidades atribuídas para a prisão preventiva pelos juízes, como fatores e circunstâncias que são efetivamente considerados ou que são capazes de influenciar consciente ou inconscientemente as decisões dos membros do Judiciários.

Dentre os sentidos construídos pelos juízes para as prisões preventivas, que não estão contidos nas regras legais, foram apresentadas as ideias como as de: “castigo” ou retribuição do mal causado com o crime (deslocando para a prisão cautelar uma das finalidades declaradas da pena); meio de promoção de instituições perante a opinião pública; instrumento de coação do preso para confessar ou delatar.

Com isso é possível afirmar que os fatores relevantes para as decisões dos juízes são mais amplos do que os previstos na legislação.

Também é exemplificativo o sentido construído sobre o conceito da ideia de presunção de inocência, bastante distinto da definição contida na Constituição Federal, o que gera reflexos na forma como os juízes apresentam a relação entre este princípio e a prisão preventiva.

Outra situação que reflete a dissociação entre as regras legais e os sentidos construídos pelos magistrados diz respeito às hipóteses de cabimento da prisão preventiva, tanto porque significativa parcela dos juízes entende que determinados tipos penais aprioristicamente ensejam a decretação da prisão preventiva, quanto porque algumas regras limitativas da prisão não são consideradas de maneira estrita ou podem ser até desconsideradas em alguns casos, como relacionamos na discussão entre os resultados e o referencial teórico (item 7.2).

Além das respostas ao problema inicial, a pesquisa também permitiu outras conclusões.

Uma delas é a de que, ao menos de acordo com esse estudo, o realismo jurídico estava correto enquanto teoria da decisão judicial. Os resultados confirmaram a premissa central do realismo de que o direito não é o único, nem o principal fator determinante nas decisões judiciais, já que elas são também resultantes de fatores extrajurídicos.

Essa conclusão corrobora os esforços atuais de acadêmicos brasileiros e estrangeiros (notadamente o *New Legal Realism*) que difundem a necessidade do ensino jurídico e dos profissionais do direito voltarem a atenção para as teorias descritivas da decisão judicial e se apropriarem das revelações científicas recentes no potencial da influência de fatores extralegais sobre as decisões.

Só assim passaremos a compreender a prática do direito como ela realmente ocorre e não mais como se ela seguisse o modelo racional ideal delimitado exclusivamente na dogmática jurídica.

Dentro dos limites deste estudo, também podemos concluir que movimentos como o próprio *New Legal Realism*, *Law and Society*, *Empirical Legal Studies* etc estão em boa direção ao buscar compreender o fenômeno jurídico com recursos de fora do direito, interagindo e se valendo de instrumentos e técnicas próprias de outros ramos do conhecimento. Essa interdisciplinaridade tem um grande potencial revelador de aspectos que os estudos convencionais herméticos do direito não conseguem alcançar.

Por fim concluimos pela necessidade da continuidade e ampliação de estudos empíricos que busquem melhor compreender o processo de tomada de decisão judicial e qual o peso dos diversos estímulos extrajurídicos sobre os juízes, de modo particular, sobre as decisões relacionadas à prisão preventiva.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BACH, Ana María. **Las voces de la experiencia: el viraje de la filosofía feminista**. Buenos Aires: Biblos, 2010.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN - Dezembro 2014**. Brasília: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen - junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CARAZZAI, Estelita Hass. Governo do Rio Grande do Norte confirma 26 mortes em rebelião. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850078-rebeliao-em-presidio-deixa-aomenos-27-mortos-diz-governo-do-rn.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão Judicial e Realismo Jurídico: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial**. 2016. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, Brasil, 2016.

CORRADI-WEBSTER, Clarissa Mendonça. Ferramentas teórico-conceituais do discurso construcionista. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social: discurso, prática e produção de conhecimento**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 73–87.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of The National Academy of Sciences of The United States of America**, Washington, v. 108, n. 17, p. 6889–6892, 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, [s. l.], v. 32, n. 2, p. 188–200, 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16382081>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ERLANGER, Howard et al. Is It Time for a New Legal Realism? **Wisconsin Law Review**, [s. l.], v. 2005, n. 2, p. 335–363, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=896762>>. Acesso em: 22 maio. 2017.

FERNANDEZ-SILBER, Natasha. Unscrambling the Egg: Social Constructionism and the Antireification Principle in Constitutional Law. **New York University Law Review**, New York, v. 88, n. 5, p. 1873–1907, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2355320>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Direito, Estado e Sociedade.**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 6–33, 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/1artigo40.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Juízes empreendedores: um estudo a partir da informatização dos tribunais brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FRAGA, Fernanda Prates. **La construction du verdict de culpabilité: Magistrature pénale et production de vérité judiciaire au Brésil**. 2013. Université de Montréal, Montréal, Canadá, 2013.

FRANK, Jerome. ARE JUDGES HUMAN? Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 80, n. 1, p. 17–53, 1931. a. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8493&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8493&context=penn_law_review)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. ARE JUDGES HUMAN? Part Two: As Through a Class Darkly. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 80, n. 1, p. 233–267, 1931. b. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8502&context=penn_law_review)>. Acesso em: 19 abr. 2018.

FRASER, Nancy. **Iustitia interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy. In: **El derecho y sus circunstancias: nuevos ensayos de filosofía jurídica**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2010.

GARTH, Bryant; MERTZ, Elizabeth. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond. **UC Irvine Law Review**, [s. l.], v. 6, p. 121–135, 2016. Disponível em: <[http://www.law.uci.edu/lawreview/vol6/no2/Garth and Mertz.pdf](http://www.law.uci.edu/lawreview/vol6/no2/Garth%20and%20Mertz.pdf)>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. Brasília: edição do autor, 2013.

GOLDBERG, Suzanne B. On Making Anti-Essentialist and Social Constructionist Arguments in Court. **Oregon Law Review**, [s. l.], v. 81, p. 629–662, 2002. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/orglr81&i=639>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

GREEN, Michael Steven. Legal Realism as Theory of Law. **William & Mary Law Review**,

Williamsburg, v. 46, n. 6, p. 1915–2000, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1299&context=wmlr>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

GUANAES-LORENZI, Carla. Construcionismo social: tensões e possibilidades de um movimento em permanente construção. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social: discurso, prática e produção de conhecimento**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 89–104.

Haidt, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, [s. l.], v. 108, n. 4, p. 814–834, 2001. Disponível em: <<http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/0033-295X.108.4.814>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Haidt, Jonathan; Koller, Silvia Helena; Dias, Maria G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog? **Journal of Personality and Social Psychology**, [s. l.], v. 65, n. 4, p. 613–628, 1993. Disponível em: <<http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/0022-3514.65.4.613>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. Discretion. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 127, p. 652–665, 2013. Disponível em: <[http://195sio3cgwr519n16t44azrb2yn.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/pdfs/vol127\\_hart.pdf](http://195sio3cgwr519n16t44azrb2yn.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/pdfs/vol127_hart.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Ingram, David. Conclusão: O estado de direito como ideologia - desafios marxistas, desconstrucionistas e CLS. In: **Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2010. p. 248.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **A aplicação de penas e medidas alternativas: relatório de pesquisa**. Rio de Janeiro. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325\\_relatorio\\_aplicacao\\_penas.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Leiter, Brian. American Legal Realism. **The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper**, Oxford, n. 42, p. 38, 2002. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=339562](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562)>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Lindgren, Sven-Åke. Social Constructionism and Criminology: Traditions, Problems and Possibilities. **Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 4–22, 2005. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/140438505100351119>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Lins e Horta, Ricardo de. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. **Diálogos sobre Justiça**, [s. l.], n. 2, p. 38–48, 2014.

Lins e Horta, Ricardo de; Costa, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos

sobre a atividade judicial. **Opin. Jur.**, Fortaleza, n. 20, p. 271–297, 2017.

LLEWELLYN, Karl N. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. **Columbia Law Review**, New York, v. 30, n. 4, p. 431–465, 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1114548?origin=crossref>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - teórico do direito. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP: teoria geral e filosofia do direito**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. v. I.

MARMOR, Andrei. Dworkin's Theory of Interpretation and the Nature of Jurisprudence. In: **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2005. p. 27–45.

MCEVOY, Arthur F. A new realism for legal studies. **Wisconsin Law Review**, [s. l.], n. 2, p. 443–454, 2005.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MERTZ, Elizabeth. A New Social Constructionism for Sociolegal Studies. **Law & Society Review**, [s. l.], v. 28, n. 5, p. 1243–1265, 1994. Disponível em: <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lwsocrw28&div=92&start\\_page=1243&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/lwsocrw28&div=92&start_page=1243&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults)>. Acesso em: 30 set. 2017.

MERTZ, Elizabeth; MACAULAY, Stewart; MITCHELL, Thomas W. **The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice**. New York: Cambridge University Press, 2016. v. I

MEYERSON, Denise. **Understanding Jurisprudence**. Oxford: Routledge-Cavendish, 2007.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The New Legal Realism. **University of Chicago Law Review**, [s. l.], v. Forthcomin, n. December, p. 1–49, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1070283>>. Acesso em: 22 maio. 2017.

MOSCHETA, Murilo dos Santos. A pós-modernidade e o contexto para a emergência do discurso construcionista social. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social: discurso, prática e produção de conhecimento**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 23–47.

NOJIRI, Sergio; CESTARI, Roberto. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. **XXIV Encontro Nacional do Conpedi - UFS - Teorias da decisão e realismo jurídico**, [s. l.], p. 142–166, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/d3rSJOQt4c69Nqnx.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. (Eds.). **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e**

**metodológicos**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. p. 154–211.

POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 44, n. 5, p. 697–711, 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1331791?origin=crossref>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

REGAN, Milton C.Jr. Reason, Tradition, and Family Law: a comment on Social Constructionism. **Virginia Law Review**, [s. l.], v. 79, p. 1515–1533, 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/valr79&i=1525>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

SANDU, Antonio. Constructive - Postmodern Approaches on the Philosophy of Law. **Postmodern Openings**, Iasi, Romênia, v. 3, n. 1, p. 23–34, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1566024>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

SCHAUER, Frederick. The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson. **Oxford Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. Forthcomin, p. 1–14, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=668507>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

SILVERMAN, David. How was it for you? The Interview Society and the irresistible rise of the (poorly analyzed) interview. **Qualitative Research**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 144–158, 2017. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1468794116668231>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

SOUZA, Laura Vilela De. Discurso construcionista social: uma apresentação possível. In: GUANAES-LORENZI, Carla et al. (Org.). **Construcionismo social: discurso, prática e produção de conhecimento**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2014. p. 49–72.

SPINK, Mary Jane. **Análise de pesquisas qualitativas**. 2017. Disponível em: <[http://maryjanespink.blogspot.com.br/2017/04/analise-de-pesquisas-qualitativas-mary\\_14.html](http://maryjanespink.blogspot.com.br/2017/04/analise-de-pesquisas-qualitativas-mary_14.html)>. Acesso em: 5 maio. 2017.

SPINK, Mary Jane; FREZZA, Rose Mary. Práticas discursivas e produções de sentido: A perspectiva da psicologia social. In: SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2013. p. 1–21.

SPINK, Mary Jane; MEDRADO, Benedito. Produção de sentido no cotidiano: Uma abordagem teórica-metodológica para análise das práticas discursivas. In: SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2013. p. 1–20.

STAMMERS, Neil. **Social Movements and the Social Construction of Human Rights**. **Human Rights Quarterly**, 1999. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hurq21&i=990>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: PoD Editora e PUC RIO Editora, 2014. p. 171–219.

TAMANAHAN, Brian Z. Understanding Legal Realism. **Texas Law Review**, Austin, v. 87, n. 4, p. 731–785, 2009.

\_\_\_\_\_. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

XAVIER, José Roberto Franco. **La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel**. 2012. Université d'Ottawa, Ottawa, Canada, 2012. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/franco\\_xavier\\_jose\\_roberto\\_2012\\_these.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/franco_xavier_jose_roberto_2012_these.pdf)>. Acesso em: 27 abr. 2017.

## APÊNDICES

### APÊNDICE A – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) assinado pelos participantes e pesquisador

#### FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – USP – Mestrado em Direito

**Pesquisa:** “Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada da decisão judicial e o sentido construído pelos magistrados acerca das prisões preventivas.”

#### TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Responsáveis pela pesquisa:

Hamilton Neto Funchal

Mestrando do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP  
hfunchal@usp.br

Prof. Dr. Sergio Nojiri

Orientador da pesquisa – Professor do programa de pós-graduação da FDRP – USP  
nojiri@usp.br

Você está sendo convidado a participar do estudo “Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada da decisão judicial e o sentido construído pelos magistrados acerca das prisões preventivas”.

Esse projeto de pesquisa de mestrado em direito, como o nome sugere, trata do problema da aplicação das prisões preventivas no sistema brasileiro sob um ponto de vista empírico e não sobre os contornos teóricos conceituais do instituto. Nesta pesquisa temos como objetivo conhecer os sentidos construídos sobre a prática da prisão preventiva pelos juízes federais e estaduais e como fatores externos ao sistema legal podem agir na tomada da decisão de decretação dessa prisão processual.

A sua participação na pesquisa é **voluntária** e se desejar poderá, a qualquer momento e sem necessidade de justificativa, ter sua participação excluída mediante simples requerimento. Nessa hipótese, até a elaboração final da dissertação, eventuais informações que você já tenha prestado serão desconsideradas e excluídas da pesquisa.

A participação consiste na resposta a questões sobre as suas experiências como juiz(a) e suas concepções pessoais sobre a prática das tomadas de decisões a respeito das prisões preventivas. Essas perguntas serão feitas em entrevista conduzida pelo pesquisador sobre o tema. Prevemos que a duração da entrevista seja de 40 (quarenta) minutos a 1 (uma) hora.

Pedimos sua autorização para **gravarmos** esta conversa, garantindo que as informações tenham melhor qualidade e **fidedignidade**.

Gostaríamos de esclarecer que sua identidade será mantida em sigilo, sendo garantido o **anonimato**. As informações que você nos der serão **confidenciais** e serão usadas apenas para este estudo. Trechos das entrevistas poderão ser publicadas e/ou apresentadas com objetivo científico, desde que não permitam identificar os participantes.

As informações prestadas por você serão muito úteis para compreendermos melhor a aplicação empírica da prisão preventiva pelo sistema judicial brasileiro.

Agradecemos sua colaboração e colocamo-nos à disposição para esclarecimentos que se fizerem necessários, por meio do e-mail indicado no início do documento.

Este termo está em duas vias. Ao decidir participar da pesquisa uma via lhe será entregue.

Assinando abaixo você declara estar de acordo com os termos da entrevista e da pesquisa.

Nome do participante:

\_\_\_\_\_

Assinatura do participante: \_\_\_\_\_

Data: \_\_\_\_\_

Assinatura do pesquisador/entrevistador: \_\_\_\_\_

Você gostaria de receber uma cópia da dissertação que resulte dos dados colhidos na pesquisa da qual sua entrevista faça parte?

Sim

Não

**APÊNDICE B – Proposta de roteiro para entrevista semiestruturada a ser realizada com juízes federais e estaduais de São Paulo**

- A) Explicação do objeto da pesquisa e explicação do procedimento da entrevista (Termo de Consentimento, gravação, possibilidade de desistência e garantia de anonimato ao participante);
- B) Esclarecimento de que a entrevista visa obter sentidos sobre a concepção pessoal do participante acerca da prisão preventiva, bem como fatores considerados na tomada da decisão judicial que a decreta, e não os conceitos técnicos legais sobre o instituto.
- C) **PERGUNTAS** (passíveis de modificação na ordem ou no conteúdo a depender da construção de respostas anteriores ou do contexto da entrevista):
1. Qual o sentido da prisão preventiva para você? O que gostaria de falar sobre a aplicação prática dessa modalidade de prisão cautelar?
  2. Em que situações concretamente você entende que tem cabimento ou deve ser decretada uma prisão preventiva?
    - i. (a depender das respostas:
      - pedir para dar indicações de situações concretas ao invés de mencionar as situações abstratas previstas na legislação;
      - pedir exemplos;
      - pedir para o participante falar sobre o sentido que ele dá para a ideia de “ordem pública”);
  3. No seu entender, a decretação ou não da prisão preventiva tem relação com um juízo de probabilidade de pena que será aplicada ao final do processo?
  4. Em que situações concretamente você entende que tem cabimento ou devem ser aplicadas as medidas cautelares alternativas à prisão?
  5. No seu entender, há espécies de delitos em que, como regra geral, demandam necessariamente a conversão de prisão em flagrante em preventiva?
    - i. (a depender das respostas:
      - perguntar se aprioristicamente são casos de decretação de prisão preventiva, necessariamente, a prática dos delitos de roubo e tráfico de drogas;
      - perguntar quais são os fatores que determinam concretamente a decisão de decretação ou não de prisão preventiva nos casos de tráfico de drogas;

- se quantidade de drogas, natureza das drogas e antecedentes do investigado são relevantes nessas decisões);
- 6. Para você, a presunção de inocência é um fator relevante a ser considerado na decisão que decreta a prisão preventiva?
- 7. Você entende que o sistema carcerário brasileiro passa por uma situação de superencarceramento em massa ou não?
  - i. (se afirmativa, perguntar sobre que pessoa, órgãos ou instituições recairia a responsabilidade sobre essa situação e sobre sua possível modificação);
- 8. Na sua opinião, há excesso da utilização da prisão preventiva no Brasil?
  - i. (se afirmativa, perguntar sobre que pessoa, órgãos ou instituições recairia a responsabilidade sobre essa situação e sobre sua possível modificação);
- 9. Você acredita que haja pressão sobre os juízes, por parte da mídia, de órgãos superiores do Judiciário, ou da opinião pública, para a decretação ou não da prisão preventiva em determinadas situações?
  - i. (se afirmativa:
    - perguntar se o participante acredita que essas pressões externas influenciam as decisões dos juízes de maneira geral;
    - perguntar se o participante acredita que essas pressões externas influenciam as suas decisões
    - se houve situações concretas em que sua decisão foi influenciada);
- 10. Você acredita que a concepção de mundo dos juízes (orientação política, religião, formação educacional e familiar etc) influenciam suas decisões acerca da decretação da prisão preventiva?
  - i. (se afirmativa, perguntar se o participante leva em consideração esses fatores extralegais na tomada das suas decisões sobre prisão cautelar);

D) Indagar se o participante gostaria de fazer comentários adicionais sobre os temas abordados e/ou avaliar o processo da entrevista.

## APÊNDICE C – Íntegra das transcrições das entrevistas

Como informado nos elementos textuais, foram realizadas 10 (dez) entrevistas, que resultaram em 140 (cento e quarenta) páginas de transcrição.

Para fins científicos é recomendável a disponibilização da íntegra das transcrições, de forma que elas possam ser consultadas e verificadas pelos leitores.

Por outro lado, trata-se de uma quantidade considerável de páginas, cujo leitura não interessa a todos. Também não seria sustentável a impressão de tantas folhas.

Buscando conciliar a esses interesses, disponibilizaremos a íntegra das transcrições apenas em versão digital.

Estarão disponíveis para visualização no seguinte endereço:

<https://drive.google.com/open?id=1zaxV6MFCW0VmM-A6Zo9S-Rpb9wM7eegi>

Também acessível em forma mais curta:

<http://tiny.cc/0sanvy>

Ou pela leitura do seguinte *QR Code*:

