

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**  
**ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DO MESTRADO PROFISSIONAL EM**  
**SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS**

**SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARÃES**

**PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS**

**Manaus – AM**

**2019**

SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARÃES

**PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Izaura Rodrigues Nascimento

Eu, Sergio Enrique Ochoa Guimarães, matrícula nº 1793920013, autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação de mestrado.

Assinatura:

Data:

**Manaus – AM**

**2019**

SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARÃES

**PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Izaura Rodrigues Nascimento

Aprovado em:

Nota Geral Obtida:

Banca Examinadora: \_\_\_\_\_ Nota:

Orientadora: Profa. Dra. Izaura Rodrigues Nascimento

\_\_\_\_\_ Nota:

Prof.

\_\_\_\_\_ Nota:

Prof.

**Manaus – AM**

**2019**

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, a quem devo toda minha  
herança cultural afetiva.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me oferecerem todas as pré-condições necessárias para me tornar quem sou e por me apoiarem sempre.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Dra. Izaura Rodrigues Nascimento, por me apresentar leituras enriquecedoras e por me conduzir na pesquisa com tanta paciência.

A todos os amigos, colegas do mestrado e demais pessoas que contribuíram com a pesquisa de alguma forma.

À minha irmã Maria Sophia, por me auxiliar nas transcrições e me oferecer reflexões sobre seu conteúdo.

À minha esposa Eliza, por sempre me apoiar com tanta dedicação e compreensão, por me auxiliar a construir o projeto que deu origem a esta pesquisa e pelas conversas construtivas que me possibilitaram concluí-la.

## RESUMO

O Brasil possui atualmente a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 pessoas privadas de liberdade, das quais 33,29% estão presas provisoriamente, isto é, estão aguardando julgamento, o que revela o uso excessivo das prisões cautelares no Brasil. Diante deste contexto, o presente trabalho se propôs a compreender o uso das prisões preventivas na prática judicial do Amazonas a partir da perspectiva dos magistrados, tendo como marco teórico a teoria social de Pierre Bourdieu. Empreendeu-se pesquisa de campo de abordagem qualitativa, tendo sido realizado levantamento documental e bibliográfico, bem como entrevista compreensiva junto a 05 (cinco) magistrados atuantes na área criminal. Ao final, verificou-se que o Direito brasileiro reflete uma tradição jurídica que historicamente serviu para ocultar as graves desigualdades sociais e para proteger os interesses dominantes, o que contribuiu para a consolidação da magistratura como uma carreira altamente elitizada e distante da realidade social brasileira. Concluiu-se, ainda, que os juízes compartilham entre si um conjunto de disposições internalizadas a respeito do que deve ser valorado no momento de decidir sobre a prisão ou a liberdade que não são necessariamente respaldadas na lei ou no direito, revelando um *habitus* judicial que tende a alargar as exigências impostas ao indivíduo para que seja agraciado com a liberdade, o que resulta, por sua vez, numa tendência à decretação da prisão. Diante disso, a prisão se revela um eficaz instrumento de controle social e, mais que isso, uma verdadeira ferramenta de manutenção da ordem de classes, pois possibilita a segregação “justificada” de indivíduos indesejáveis que teimam em divergir do comportamento considerado adequado de acordo com a escala de valores dominantes, fazendo com que a prisão ganhe um lugar central como instrumento de administração da pobreza, de modo a perpetuar o ciclo de desigualdade social.

Palavras-chave: Magistratura; Prisões cautelares; *Habitus*; Poder simbólico; Desigualdade social.

## ABSTRACT

Brazil has currently the 3rd largest prison population in the world, with 726,712 persons deprived of their liberty, of which 33.29% are provisionally arrested, that is, they are awaiting trial, which reveals the excessive use of precautionary prisons in Brazil. Given this context, the present work aimed to understand the use of preventive detention in the judicial practice of Amazonas from the perspective of magistrates, having as theoretical framework Pierre Bourdieu's social theory. A qualitative field research was undertaken, and a documentary and bibliographic survey was conducted, as well as a comprehensive interview with 05 (five) magistrates working in the criminal area. In the end, it was found that Brazilian law reflects a legal tradition that historically served to hide serious social inequalities and to protect the ruling interests, which contributed to the consolidation of the judiciary as a highly elitized career far from the Brazilian social reality. It was also concluded that judges share a set of internalized dispositions with regard to what should be valued when deciding on imprisonment or release that are not necessarily backed by law, revealing a judicial *habitus* that tends to widen the demands placed on the individual to be granted freedom, which in turn results in a tendency to decree the prison. Given this, the prison proves to be an effective instrument of social control and, moreover, a true tool for maintaining class order, as it enables the “justified” segregation of undesirable individuals who insist on diverging from behavior deemed appropriate according to the ruling scale of values, making prison a central place as an instrument of poverty management in order to perpetuate a cycle of social inequality.

Keywords: Magistracy; Pretrial detention; *Habitus*; Symbolic power; Social inequality.

## SUMÁRIO

Introdução .....	1
Capítulo 1. Pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa .....	7
1.1. A teoria social de Pierre Bourdieu .....	8
1.1.1. A teoria dos capitais .....	9
1.1.2. <i>Habitus</i> e estilo de vida .....	11
1.1.3. Lutas de classificação e a dominação .....	13
1.1.4. Reprodução social e legitimação .....	14
1.1.5. Violência simbólica, sistemas simbólicos e poder simbólico .....	15
1.1.6. A teoria dos campos .....	17
1.1.7. O campo jurídico .....	18
1.2. Considerações sobre os procedimentos metodológicos da pesquisa .....	20
Capítulo 2. Prisões cautelares e realidade carcerária no Brasil e no Amazonas .....	24
2.1. Prisões cautelares .....	24
2.1.1. Medidas cautelares de natureza pessoal .....	24
2.1.2. Espécies de prisões cautelares .....	26
2.1.2.1. Prisão em flagrante .....	26
2.1.2.2. Prisão temporária .....	27
2.1.2.3. Prisão preventiva .....	27
2.1.3. Princípios reitores das prisões cautelares .....	28
2.1.3.1. Princípio da presunção de inocência .....	28
2.1.3.2. Princípio da excepcionalidade .....	29
2.1.3.3. Princípio da proporcionalidade .....	29
2.1.3.4. Princípio da provisoriedade .....	30
2.1.3.5. Princípio da jurisdicionalidade .....	30
2.1.4. Pressupostos da prisão preventiva .....	30
2.1.4.1. Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria .....	31
2.1.4.2. Garantia da ordem pública .....	32
2.1.4.3. Garantia da ordem econômica .....	36
2.1.4.4. Conveniência da instrução criminal .....	37



2.1.4.5. Garantia de aplicação da lei penal .....	38
2.1.4.6. Descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão .....	39
2.2. Realidade carcerária no Brasil e no Amazonas: um diagnóstico preliminar .....	39
2.2.1. Perfil da população carcerária brasileira .....	39
2.2.2. Perfil da população carcerária amazonense .....	41
2.2.3. Situação do sistema prisional amazonense .....	41
2.2.3.1. Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa (CPDRVP) .....	43
2.2.3.2. Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT) .....	44
2.2.3.3. Centro de Detenção Provisória (CDP) .....	45
2.2.3.4. Unidade Prisional do Puraquequara (UPP) .....	46
2.2.4. Causas do uso excessivo da prisão provisória .....	47
2.2.4.1. Desenho legal das políticas criminais .....	47
2.2.4.2. Deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça .....	48
2.2.4.3. Ameaças à independência judicial .....	48
Capítulo 3. Cultura jurídica e composição sociocultural da magistratura brasileira .....	50
3.1. Direito, cultura jurídica e magistratura no Brasil .....	50
3.1.1. Antecedentes históricos da cultura jurídica moderna .....	51
3.1.2. Cultura jurídica no Brasil colonial .....	56
3.1.3. Administração da justiça e magistratura no Brasil colonial .....	58
3.1.4. Liberalismo e cultura jurídica no Brasil imperial: o bacharelismo liberal .....	62
3.1.5. Administração da justiça e magistratura no Brasil imperial .....	65
3.1.6. Positivismo e cultura jurídica na República .....	67
3.2. Perfil sociodemográfico dos magistrados .....	70
Capítulo 4. Análise das entrevistas .....	77
4.1. Os magistrados .....	77
4.1.1. Juiz A .....	79
4.1.2. Juíza B .....	81
4.1.3. Juiz C .....	84
4.1.4. Juiz D .....	85
4.1.5. Juíza E .....	87
Capítulo 5. Discussão .....	90

5.1. Critérios de decretação da prisão na prática judicial: a construção de um <i>habitus</i> .....	90
5.1.1. Antecedentes criminais .....	90
5.1.2. Gravidade do delito .....	93
5.1.3. Quantidade de droga apreendida .....	96
5.1.4. Profissão lícita e residência fixa .....	98
5.1.5. Garantia da ordem pública .....	100
5.2. Arbitrário cultural e a imposição de uma “cultura legítima” .....	104
5.2.1. Vulnerabilidade social e defesa da coletividade .....	104
5.2.2. Centralidade da proteção jurídica ao patrimônio e à família “tradicional” .....	111
5.3. Prisão e legitimação social da magistratura .....	118
5.3.1. Mídia, opinião pública e punição .....	119
5.3.2. Combate à criminalidade e o “caráter pedagógico” da prisão preventiva .....	124
5.3.3. Punitivismo e controle social .....	128
5.4. Encarceramento em massa e a (des)responsabilização do Poder Judiciário .....	133
Conclusão .....	141
Referências bibliográficas .....	146
Anexo I – Roteiro de entrevista .....	152
Anexo II – Modelo de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) .....	154
Anexo III – Modelo de Consentimento Pós-Informado .....	157
Anexo IV – Anuência institucional .....	158
Anexo V – Parecer consubstanciado do CEP .....	159

## **Introdução**

O Brasil assistiu nos últimos anos a uma intensa polarização político-ideológica em vários setores da sociedade, fenômeno que originou uma verdadeira crise institucional nas mais diversas esferas do poder público. A insatisfação popular com a corrupção e a má qualidade dos serviços públicos, inclusive e especialmente no que diz respeito à segurança pública, tem resultado em duras críticas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que suscitou reações notadamente repressivas por parte das autoridades públicas em geral, diante do apelo popular pelo endurecimento do Estado no controle do crime.

Nesse contexto, a prisão – que é a referência indisputável de castigo e controle da criminalidade desde meados do século XVIII – surge como instrumento central das políticas de segurança pública e do sistema repressivo penal como um todo, ora sendo aplicada como punição em resposta às infrações criminais submetidas a julgamento, ora exercendo a função de custodiar suspeitos e réus no curso da investigação e do processo criminal com o pretense fim de assegurar a sua eficácia e garantir a ordem pública.

Contudo, o aumento vertiginoso da população carcerária brasileira nas últimas duas décadas, em proporção consideravelmente superior ao crescimento da população total do país, revela o uso excessivo da privação da liberdade como instrumento de controle da criminalidade, em particular no que diz respeito às prisões cautelares, que em diversas unidades da federação respondem por mais da metade das pessoas segregadas.

Assim, embora exista regulamentação legal específica a respeito da prisão preventiva, cuja utilização deve ser excepcional e subsidiária às diversas medidas cautelares alternativas a ela, seu uso desmedido pelo Judiciário é constatado não apenas por meio de relatórios oficiais, mas pela notória superlotação carcerária e suas nefastas consequências, o que parece indicar o uso utilitarista da prisão preventiva como forma de antecipação de pena em resposta à demanda popular por punição exemplar e imediata.

De fato, um dos maiores desafios enfrentados pelo Brasil na atualidade é o crescimento exponencial de sua população carcerária, notadamente nos últimos vinte anos, o que tem resultado em uma série de rebeliões violentas e fugas em massa em diversas unidades prisionais do País, a exemplo do que ocorreu no Amazonas no início de 2017, quando 56 internos foram mortos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus, devido a disputas entre facções criminosas rivais.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2017, o Brasil já ocupava

o 3º lugar no ranking de países com as maiores populações prisionais do mundo em dezembro de 2015, com um contingente total de 698.618 pessoas privadas de liberdade, sendo superado apenas por Estados Unidos (2.145.100) e China (1.649.804), respectivamente (DEPEN, 2017a, p. 09). Uma atualização no estudo com dados coletados até junho de 2016, contudo, revelou que a população carcerária brasileira atingiu a marca histórica de 726.712 pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90 (DEPEN, 2017b, p. 08-09). Em termos relativos, o estudo constatou que em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes, enquanto que em junho de 2016 havia 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, o que indica um aumento de 157% na taxa de aprisionamento num período de apenas 16 anos (DEPEN, 2017b, p. 12).

Uma das causas desse encarceramento massivo é o uso indiscriminado da prisão cautelar, que consiste no cerceamento excepcional da liberdade do indivíduo antes do julgamento do processo com o fim de garantir a eficácia da persecução criminal. Dados coletados pelo INFOPEN indicam que 33,29% da população carcerária nacional é composta por presos provisórios, isto é, que estão aguardando julgamento, sendo que no Amazonas esse índice salta para 53,85%, ocupando o segundo lugar entre os estados com maior número de presos provisórios do país (DEPEN, 2019, p. 16).

Para fazer frente ao crescimento vertiginoso da população carcerária percebido principalmente a partir dos anos 2000, diversas providências foram tomadas nas esferas legislativa, executiva e judiciária, as quais não produziram os resultados esperados.

Um exemplo disso foi a edição da Lei nº 12.403/11, que promoveu profundas alterações no Código de Processo Penal na seção que trata das medidas cautelares de natureza pessoal, dentre elas a prisão, passando a prever que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deve, fundamentadamente: *a)* relaxar a prisão, caso constate que é ilegal; *b)* conceder liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; ou *c)* converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Assim, o legislador procurou oferecer aos magistrados medidas alternativas à prisão, claramente preocupado em reduzir o superencarceramento do país, em particular o número de presos provisórios.

A esse esforço somou-se a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em 15 de dezembro de 2015, a qual regulamentou a audiência de custódia no País, direito já há muito previsto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos das Nações Unidas, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), consistente na apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a fim de que seja verificada a legalidade da prisão, inclusive no tocante à prática de tortura por agentes policiais, bem como para que se decida a respeito da possibilidade de a pessoa ser imediatamente posta em liberdade.

A despeito destas medidas voltadas ao desencarceramento, o que se observa na prática é que o sistema de justiça criminal opera majoritariamente a partir do flagrante delito e de sua conversão quase automática na prisão preventiva, utilizando-se os magistrados principalmente do argumento de “garantia da ordem pública” para justificar a constrição cautelar, ainda que não exista nenhum indício concreto de que a liberdade do indivíduo possa representar risco à sociedade ou ao processo, evidenciando a cultura punitivista que permeia o sistema de justiça criminal brasileiro.

A liberdade do réu, por seu turno, virou sinônimo de impunidade, visão cada vez mais sedimentada na sociedade e reproduzida pelos atores de justiça criminal. Neste cenário, a prisão preventiva deixou de ser uma necessidade excepcional para ser objeto de merecimento do preso, sendo aplicada como verdadeira antecipação de pena.

De acordo com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o uso da prisão preventiva nas Américas (2013a), o uso excessivo da prisão processual é um problema complexo produzido por causas de distintas naturezas, dentre as quais estão os *costumes enraizados na cultura e prática judicial*, a exemplo da “tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas” (UNODC *apud* CIDH, 2013b, p. 02), muitas vezes devido ao temor de serem reprovados pela opinião pública.

A questão, porém, não se limita às causas e efeitos do uso abusivo da prisão-custódia, mas se estende *a quem ela é aplicada*.

Uma breve análise do perfil das pessoas privadas de liberdade no País revela que a esmagadora maioria da população carcerária brasileira é composta por homens jovens, negros e pardos, com baixa escolaridade e provenientes das camadas sociais mais pobres, é dizer, por indivíduos socialmente fragilizados cujas características pessoais e sociais configuram um sólido estereótipo compartilhado pelas agências repressivas (SAL, 2015), o que indica que nosso sistema de persecução penal tende a ser altamente seletivo.

Essa seletividade, a nosso ver, é corroborada pelo Poder Judiciário, uma vez que são os magistrados os responsáveis, em última análise, por decretar a prisão ou restituir a

liberdade ao indivíduo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e sob o crivo dos pressupostos legais, ao menos *a priori*.

O elevado número de presos aguardando julgamento em detrimento do devido processo legal e da presunção de inocência põe em cheque a congruência entre as práticas judiciais referentes à prisão e o sistema jurídico-penal, com os princípios e normas que o informam. Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que a prisão é uma instituição social e, como tal, é *sobredeterminada*, ou seja, é forjada por um espectro de forças opostas e interrelacionadas que se encontram dentro de estruturas mais amplas de uma sociedade altamente hierarquizada (GARLAND, 1999), o que significa que nem sempre a técnica prevalece sobre os demais interesses.

Dentre os interesses em jogo certamente estão os da classe dos magistrados, os quais ocupam posição de prestígio no campo jurídico e na sociedade como um todo ante o poder que detêm em suas mãos sobre a liberdade alheia, mas que têm se mostrado vulneráveis às pressões da opinião pública e da mídia, tendo sua independência funcional ameaçada ao buscar satisfazer aos anseios de uma considerável parcela da população que clama pelo recrudescimento de medidas punitivas e por uma tomada de posição firme por parte do Judiciário contra a criminalidade, sob pena de se deslegitimar perante a sociedade – e, portanto, de perder sua autoridade e seu prestígio.

Assim, interessa-nos saber, com a presente pesquisa, quais as disposições subjetivas dos magistrados relacionadas ao uso da prisão preventiva, é dizer, que estruturas internalizadas e incorporadas os fazem decidir como decidem, a fim de propiciar reflexões a respeito das relações de força que se estabelecem com suas práticas judiciais.

O interesse pelo tema surgiu a partir da atuação deste pesquisador na área criminal da Defensoria Pública do Estado do Amazonas por mais de 07 (sete) anos até a presente data, o que permitiu o contato com as relações – e hierarquizações – presentes no campo jurídico e sua influência na sociedade como um todo, suscitando o desejo de lançar luz sobre a posição dos magistrados no espaço social e mais especificamente no seu repertório de disposições utilizadas para decidir sobre a prisão ou a liberdade.

Neste sentido, Saporì (2007) destaca, na introdução de sua obra “Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas”, a necessidade de se “aprofundar o conhecimento da dinâmica do sistema de justiça criminal, principalmente das instâncias judiciais”, em razão da escassa produção científica sobre o assunto, o que revela a relevância acadêmica da presente pesquisa.

A percepção socialmente compartilhada de que o conhecimento jurídico é ultraspecializado e, portanto, reservado para poucos, resulta num excessivo hermetismo do

campo jurídico à influência e observação das demais ciências humanas, o que tende a “encastelar” o direito num sistema considerado pelo senso comum e até mesmo pelos agentes que nele atuam como autossuficiente, visão reforçada pelos formalismos típicos e pela sua linguagem própria – a qual é, no mais das vezes, excessivamente rebuscada, justamente para dificultar o acesso dos “leigos” ao conhecimento jurídico.

No entanto, o campo jurídico – e, neste caso, o Poder Judiciário – é um espaço social que, embora ostente características próprias, é composto por relações sociais, fazeres e representações das mais diversas marcadas pela autoridade do conhecimento e do argumento, de modo que é altamente suscetível a práticas de poder e dominação, estando sujeito à observação sociológica tal qual os demais contextos sociais.

Assim, a relevância acadêmica da presente pesquisa consiste em incursionar nos discursos e representações simbólicas imanentes às práticas judiciais a respeito da prisão preventiva para além da forma, oportunizando à comunidade acadêmica e à sociedade como um todo observar as entranhas da atividade judicante e refletir sobre ela.

De outra parte, o alto custo social e econômico da superlotação carcerária – que envolve a deterioração das condições prisionais, a dessocialização do indivíduo preso, o aumento das chances de reincidência, o fortalecimento das organizações criminosas e os investimentos milionários por parte do Estado num sistema que não parece funcionar em detrimento de políticas preventivas e de bem-estar social, dentre outros – revela a relevância social da presente pesquisa, em particular a respeito do papel do Poder Judiciário nas políticas de segurança pública e nas políticas prisionais, bem como na forma como a atividade judiciária impacta na sociedade.

A dissertação está dividida em cinco capítulos, sendo o primeiro destinado a apresentar os pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa, particularmente as categorias conceituais fundamentais da teoria social de Pierre Bourdieu, cuja contribuição teórica serve de linha-mestra à presente pesquisa e será utilizada na análise dos dados coletados por meio das entrevistas realizadas com os magistrados. Ao final, serão feitas também algumas considerações a respeito dos procedimentos metodológicos adotados durante a pesquisa.

No segundo capítulo, referente à prisão, serão apresentadas as espécies de prisões cautelares, seus princípios reitores, os pressupostos legais da prisão preventiva, bem como serão expostos dados a respeito da realidade carcerária no Brasil e no Amazonas, discutindo-se ao final as causas do uso excessivo da prisão provisória.

O terceiro capítulo, último de natureza teórica, tratará a respeito da cultura jurídica e da composição sociocultural da magistratura brasileira, traçando-se breve esboço histórico do

Direito no Brasil e indicando-se, ao final, o perfil sociodemográfico dos magistrados no Brasil e no Amazonas.

No quarto capítulo, serão analisadas as entrevistas realizadas no curso da coleta de dados junto aos juízes criminais de Manaus para, no quinto e último capítulo, apresentarmos nossas inferências a respeito das categorias de análise extraídas das entrevistas, utilizando como marco teórico a teoria social de Pierre Bourdieu.



## Capítulo 1. Pressupostos teórico-metodológicos da pesquisa

A presente pesquisa tem como marco teórico a teoria social de Pierre Bourdieu, denominada pelo próprio autor de “estruturalismo genético” ou “construtivista”.

Bourdieu recorre à tradição do estruturalismo de Saussure e de Lévi-Strauss, ao aceitar a existência de estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes, que conformam seu modo de pensar e de agir, ao mesmo tempo em que deles difere ao sustentar que tais estruturas são produto de uma gênese social dos esquemas de percepção, de pensamento e de ação, os quais constituem e são constituídos continuamente no espaço social de forma relacional, aproximando-se, portanto, do construtivismo.

O método estruturalista-construtivista do autor parte da convicção de que as ideias, não só epistemológicas, mas até mesmo as mais abstratas, como as da filosofia, as da ciência e as da criação artística, são tributárias das suas condições de produção. Assim, para Bourdieu, acreditar que existe um método, uma filosofia pura do conceito ou um trabalho científico descarnado não passa de uma “ilusão escolástica” (DORTIER, 2002).

Segundo Bourdieu, o positivismo mecanicista típico das ciências exatas é incapaz de apreender o caráter subjetivo dos fatos sociais, os quais são irredutíveis aos métodos rigorosos da ciência (BOURDIEU et al., 1990).

Neste sentido, a epistemologia de Bourdieu implica, antes de tudo, se colocar para além das pré-noções existentes e da rigidez de qualquer modelo explicativo da vida social, uma vez que não se pode compreender a ação social a partir do testemunho dos indivíduos, dos sentimentos, das explicações ou reações pessoais do sujeito. Ao contrário, é preciso investigar o que subjaz a esses fenômenos, procurando encontrar na interação entre os agentes (indivíduos e os grupos) e as instituições uma estrutura historicizada que se impõe sobre os pensamentos e as ações.

Assim, a investigação empírica de Bourdieu é levada a cabo através de um quadro referencial do autor – conjunto de noções e categorias de análise sucintamente explicitadas mais adiante –, e tem como objetivo conhecer as estruturas, tanto no que elas determinam as relações internas a um segmento do social, isto é, são estruturantes de um campo, quanto no que estas estruturas são determinadas por estas relações, isto é, são estruturadas.

Desse modo, a realidade empírica é concebida como um reflexo analógico das relações entre elementos de uma estrutura teórica, isto é, hipotética, constituída por proposições que devem ser testadas. O que se quer encontrar são os *habitus*, as “leis sociais” que regem um campo, cuja validade decorre do fato de serem estabelecidas e sustentadas por

quem delas se beneficia: os agentes e as instituições dominantes (BOURDIEU, 2003).

O percurso metodológico proposto por Bourdieu se inicia com a construção de um objeto teórico que será submetido à prova empírica. O primeiro passo é delimitar claramente um segmento da realidade – o campo – para então descobrir por trás das aparências um sistema de relações próprias ao segmento estudado, constituintes do que denomina *habitus*.

No nosso caso, buscou-se delimitar o campo jurídico a partir do estudo das origens do direito no Brasil para, a partir de então, analisarmos a posição social dos magistrados na sociedade como um todo e no campo jurídico em particular, traçando-se o perfil sociodemográfico dos juízes. O objetivo desse percurso foi permitir a análise da perspectiva dos magistrados a respeito do uso da prisão preventiva coletada através das entrevistas realizadas.

No capítulo a seguir, apresentaremos brevemente algumas categorias conceituais exploradas por Bourdieu em sua obra que servirão, mais adiante, para interpretar as entrevistas realizadas com os magistrados criminais.

### **1.1. A teoria social de Pierre Bourdieu**

No início de sua carreira como pesquisador, Bourdieu concentrou seus esforços em compreender as *oportunidades desiguais de sucesso escolar* de alunos pertencentes a diferentes meios sociais. A seu ver, era preciso explicar *sociologicamente* a alta probabilidade de fracasso escolar existente entre as crianças e jovens socialmente desfavorecidos sem recorrer à chamada “*ideologia do dom*”, explicação que predominou até meados do século XX, fundada na ideia de que os seres humanos seriam dotados de capacidades cognitivas inatas que faziam deles indivíduos natural e desigualmente munidos dos atributos intelectuais requeridos pelas aprendizagens escolares.

Com base em uma série de levantamentos produzidos a partir dos anos 1950 na França, que demonstravam uma alta correlação estatística entre a origem social do aluno (sobretudo o nível de escolaridade dos pais) e seu desempenho escolar, Bourdieu procurou testar novas hipóteses fundadas no pressuposto de que as crianças originárias das classes sociais superiores *herdam* de suas famílias um *patrimônio cultural* diversificado composto de estruturas mentais (maneiras de pensar o mundo), domínio da língua culta, cultura geral, posturas corporais, disposições estéticas, bens culturais variados (livros e outros materiais de cultura), dentre outros, os quais se transformam em *vantagens* uma vez investidos no mercado escolar.

Isso, no entanto, só é possível porque os conteúdos curriculares impostos aos alunos e os sistemas de avaliação da aprendizagem praticados pela instituição escolar se assentam em uma *cultura* tida como “*legítima*”, isto é, constituída pelos bens simbólicos socialmente valorizados (as letras, as ciências, as artes) que emanam dos *grupos sociais dominantes*, de tal modo que a seleção e a classificação escolar dos alunos se revestem da aparência (socialmente aceitável) do mérito individual, dissimulando a realidade do privilégio social (NOGUEIRA, 2017).

A instituição escolar desempenharia, portanto, uma função de “reprodução” da ordem social, sancionando, legitimando e perpetuando as desigualdades preexistentes a ela, o que resultou em severas críticas de Bourdieu direcionadas ao papel da escola, denunciando sua incapacidade de promover a igualdade de oportunidades entre os indivíduos.

A partir de então, Bourdieu empreendeu uma série de pesquisas ampliando sua análise do que chamou de “economia dos bens simbólicos” a outros campos da vida social (econômico, artístico, religioso, jurídico, dentre outros), desenvolvendo uma das teorias sociais mais intrincadas e completas até hoje.

### ***1.1.1. A teoria dos capitais***

Bourdieu concebe a sociedade como um *espaço social* em que os agentes sociais ocupam distintas *posições relativas*, definidas conforme se distribuem as *propriedades* entre eles, o que lhes confere *poder* nas relações com os outros. Assim, as *classes sociais* devem ser entendidas como conjuntos de agentes situados em posições próximas no espaço social, que se *distinguem* de outras classes, situadas em posições relativas distintas, através de seu *estilo de vida*; estas distinções de posição, fundadas em diferenças de propriedade, conferem poder de umas classes em relação às outras (BOURDIEU, 1989).

As propriedades de que trata Bourdieu se referem a distintas formas de *capital*, conceito tomado de empréstimo à economia e que foi radicalmente repensado pelo autor, afastando-o de uma visão puramente economicista e monetizada para estender sua aplicação a outras dimensões da realidade social.

Bourdieu distingue em sua obra quatro espécies de capital: o capital econômico, o capital cultural, o capital social e o capital simbólico.

A noção de *capital econômico* corresponde ao que se entende comumente como “patrimônio”, expresso nas várias modalidades de recursos econômicos – imobiliários, financeiros, monetários etc. –, o qual pode produzir rendimentos em favor do seu detentor,

levando ao acúmulo de riquezas materiais, e que está comumente associado a diversas formas de conforto (como, por exemplo, o tamanho das moradias e a qualidade dos meios de locomoção).

O *capital cultural*, por sua vez, se manifesta sob três formas fundamentais: no *estado incorporado*, ou seja, sob a forma de “disposições duráveis no organismo” (posturas corporais, esquemas mentais, habilidades linguísticas, preferências estéticas, competências intelectuais etc.); no *estado objetivado*, sob a forma de bens materiais que representam a cultura dominante (quadros, livros, obras de arte, instrumentos, máquinas e demais objetos armazenados em museus, laboratórios, bibliotecas etc.); e, enfim, no *estado institucionalizado*, manifestando-se como atestado e reconhecimento institucional de competências culturais adquiridas (diplomas e todo tipo de certificados escolares) (BOURDIEU, 1998).

Já o *capital social* é definido por Bourdieu como o “conjunto de recursos atuais ou potenciais que estão ligados à posse de uma *rede durável* de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de inter-reconhecimento”, através da *vinculação a um grupo* em que os agentes não somente são dotados de propriedades – ou capitais – comuns, mas também são unidos por *ligações* permanentes e úteis. Assim, o volume do capital social que um agente possui depende da “extensão da rede de relações que ele pode efetivamente mobilizar e do volume do capital (econômico, cultural ou simbólico) que é posse exclusiva de cada um daqueles a quem está ligado” (BOURDIEU, 1998).

Por último, o *capital simbólico* diz respeito ao modo como o agente social (seja um indivíduo, um grupo, uma instituição, um país etc.) é percebido pelos outros agentes, é dizer, ao seu grau de *reconhecimento social*, o qual pode assumir formas mais ou menos institucionalizadas, como o reconhecimento de um indivíduo como “cidadão”, com os direitos inerentes a este estatuto, ou a exposição midiática, que tem o condão de alçar um indivíduo ao *status* de personalidade pública, mas também as condecorações, os títulos, as “honrarias” em geral. Por outro lado, a discriminação ou a estigmatização são fontes de diversas formas de opressão que reforçam os efeitos das deficiências das demais espécies de capital (econômico, cultural e social), o que revela que o capital simbólico está sempre associado aos diferentes tipos de capital.

Os recursos ou propriedades consubstanciados nas diversas modalidades de capital “podem ser acumulados, convertidos uns nos outros, transmitidos de geração em geração, mas de maneiras muito variáveis e sempre dependentes dos contextos sociais que condicionam seu ‘valor’ social” (LEBARON, 2017).

Segundo Bourdieu (2007), a posição de cada agente no espaço social – seu *status* social – é definida em função de três dimensões fundamentais: a *primeira dimensão* corresponde ao *volume total* de capital possuído pelos agentes; a *segunda dimensão* diz respeito à sua *composição* ou *estrutura*, isto é, ao peso (valor) relativo que as diferentes espécies de capital têm no conjunto dos capitais (por exemplo, o capital econômico é muito valorizado no mercado financeiro, mas não goza do mesmo valor relativo no meio acadêmico, o qual tende a valorizar, por sua vez, o capital cultural); por fim, a *terceira dimensão* se refere ao fato de que a posição social é sempre um ponto em uma *trajetória* – a qual pode ser individual ou coletiva, de ascensão ou descenso – que orienta os agentes para pontos de chegada (objetivos de vida, por assim dizer) mais ou menos prováveis de acordo com seus diferentes pontos de partida.

As classes sociais se manifestam no espaço social e se distiguem umas das outras através de diferentes práticas culturais que compõem o *estilo de vida* dos indivíduos e dos grupos sociais (alimentação, indumentária, decoração, esporte, lazer etc.), as quais nada mais são do que *sistemas classificatórios* que opõem o “bom gosto” ao “vulgar”, configurando estratégias de distinção nas lutas simbólicas e cotidianas pela classificação social (NOGUEIRA, 2017). Tais práticas sociais são regidas pelo que Bourdieu denominou *habitus*.

### **1.1.2. Habitus e estilo de vida**

O *habitus* pode ser definido como um sistema de disposições de conduta *duráveis* e *transponíveis*, que funciona como princípio gerador de práticas e representações, ou ainda um conjunto de esquemas subjacentes às práticas diversas e improvisações reguladas, dentro de limites associados às condições sociais de sua gênese (BOURDIEU, 2009). Posto de uma forma mais simples, o *habitus* pode ser entendido como um repertório de esquemas mentais que orientam nossa forma de pensar e de agir, o qual é moldado pelo contexto social em que vivemos ao longo de nossa vida.

As disposições que compõem o *habitus* são *duráveis* porque este tende a carregar as “marcas” do passado do qual é produto, sobretudo das “primeiras experiências”, relacionadas com as “manifestações propriamente familiares” de uma dada condição de classe, as quais tendem a se inscrever no *habitus* como esquemas de avaliação e percepção de toda experiência posterior (BOURDIEU, 2009). É dizer, boa parte do *habitus* é *herdada* das referências familiares do indivíduo desde a infância, através da incorporação do capital cultural que lhe é transmitido diuturnamente.

Além disso, as disposições do *habitus* são *transponíveis* porque os esquemas de ação e percepção que orientam as práticas dos agentes se manifestam nos diferentes *campos* em que se organiza a vida social segundo as lógicas que lhes são específicas (campo econômico, político, cultural, jurídico etc.), de modo que as práticas dos agentes nos diferentes campos sociais tendem a se organizar através de oposições que são *homólogas* entre si e também em relação ao espaço das relações de classe, o que confere certa *homogeneidade* às práticas dos agentes de uma mesma classe independentemente de qualquer intencionalidade (SALLUM JR.; BERTONCELO, 2017). Em outras palavras, os indivíduos pertencentes a uma mesma classe social tendem a seguir, inconscientemente, um determinado padrão de comportamento, de forma relativamente homogênea, a depender do contexto social em que estejam inseridos.

Isso se explica pelo fato de que, diferentemente da tradição marxista, que vê na consciência de classe o elo que liga estrutura e ação, para Bourdieu o *habitus* é muito mais um *inconsciente de classe*, pois opera em um nível *pré-reflexivo* e, portanto, aquém da representação explícita (SALLUM JR.; BERTONCELO, 2017). É dizer, os esquemas mentais que compõem o modo de pensar e de agir de cada classe são socialmente incorporados desde a infância e são reproduzidos e postos em prática de maneira inconsciente, na forma de “verdades” irrefletidas (não costumamos questionar, por exemplo, a forma como comemos ou nos vestimos, o modo como consumimos ou mesmo o valor que damos a uma formação universitária).

O *habitus* permite que as diferenças relativas às condições materiais de existência – chamadas de *diferenças objetivas* por Bourdieu – se transmutem, por meio de um processo subjetivo de internalização de disposições e de competências, em diferenças no *estilo de vida*, isto é, na maneira de se usufruir os bens materiais possuídos, engendrando distinções simbólicas entre os indivíduos ou, em outras palavras, distinções relativas à posse de bens culturais (NOGUEIRA, 2017).

A estrutura teórica proposta por Bourdieu implica, portanto, na sobreposição de três esquemas analíticos: o espaço social, o *habitus* e o espaço dos estilos de vida, sendo o *habitus* o elemento que medeia a transmutação das diferenças objetivas em signos distintivos.

Vê-se, assim, que o espaço social é, simultaneamente, uma estrutura de relações objetivas que está na origem dos esquemas de percepção, classificação e ação que orientam a prática, bem como um conjunto de lugares estratégicos a partir dos quais os agentes lutam pela apropriação de bens econômicos e culturais e em torno da distribuição desses capitais, de modo que o espaço dos estilos de vida tende a exprimir “um balanço, em determinado momento, das lutas simbólicas cujo pretexto é a imposição do estilo de vida legítimo”, seja

através da monopolização dos “emblemas da classe” ou do “modo de apropriação legítimo desses bens” (BOURDIEU, 2007).

### ***1.1.3. Lutas de classificação e a dominação***

O termo “*lutas de classificação*”, derivado da expressão “luta de classes”, própria do vocabulário marxista, foi criado por Bourdieu para indicar que, nas sociedades capitalistas contemporâneas, a luta entre as classes sociais se desdobra numa *luta simbólica* para *impor a visão de mundo e as categorias de pensamento dos grupos dominantes*, porquanto, além de dar conta da luta dos agentes sociais pela distribuição e apropriação dos bens raros (luta de classes no sentido marxista), ela é uma luta pela *hierarquização* e pelo *monopólio* dos princípios e modos legítimos de percepção e de ação no mundo social.

Dessa forma, as diferentes classes sociais se distinguem, sobretudo, pelo grau de *conhecimento* da cultura legítima. A relação que as camadas populares mantêm com a cultura legítima, por exemplo, seja na sua dimensão artística, literária ou científica, seria marcada pelo “*desapossamento*”, que constitui uma forma de desconhecimento. Um indicador desse desapossamento pode ser percebido na “separação entre as habilidades (*savoir-faire*) práticas, parciais e tácitas, por um lado, e, por outro, os conhecimentos teóricos, sistemáticos e explícitos [...], entre a ciência e a técnica, a teoria e a prática, a ‘concepção’ e a ‘execução’, o ‘intelectual’ ou o ‘criador’ [...] e o ‘braçal’, simples servidor de uma intenção que o supera, um executante desapossado do pensamento de sua prática” (BOURDIEU, 2007).

Esse monopólio da produção de sentido sobre o mundo social exercido pela classe dominante por meio das lutas de classificação constitui a noção de *dominação* em Bourdieu, conceito emprestado de Weber cuja originalidade, contudo, reside no fato de não se limitar a um processo que envolve coação ou submissão *exterior* ao indivíduo, ganhando uma dimensão *simbólica* na teoria bourdieusiana.

Isso porque a dominação possui um caráter dúplice, pois é exercida através de *estruturas objetivas e institucionalizadas* (o Estado, o sistema de ensino, o aparato jurídico e demais instituições sociais) engendradas pela classe dominante a partir das lutas simbólicas de classificação, as quais, por sua vez, são reconhecidas como *legítimas* pelos agentes sociais – inclusive pelo próprio Estado – para formatar a ordem social, reconhecimento este que se dá através da aceitação passiva e inconsciente de tais estruturas, tornando a ordem social estabelecida *universal* e fornecendo a *forma oficial pública* para essa ordem (HEY, 2017).

Isso significa que, para funcionar, a dominação precisa da *cumplicidade* dos agentes

que interiorizam as estruturas segundo as quais o mundo é organizado, de modo que sua dimensão simbólica “envolve sempre o exercício consentido do poder e da dominação relacionado à luta pelas classificações e pela obtenção do direito de classificar” (HEY, 2017).

A *dominação*, então, é o que permite que a ordem estabelecida, “com suas relações de dominação, seus direitos e suas imunidades, seus privilégios e suas injustiças, salvo uns poucos acidentes históricos, perpetue-se apesar de tudo tão facilmente, e que condições de existência das mais intoleráveis sejam vistas como aceitáveis e até como naturais” (BOURDIEU, 2002).

#### **1.1.4. Reprodução social e legitimação**

Categoria central na teoria social de Bourdieu, a *reprodução social* é compreendida como o processo de reprodução das relações de força que estruturam as relações entre os grupos sociais e da reprodução do sentido e da visão de mundo resultante da luta de classificação – que tem como objetivo precisamente a imposição dos princípios e modos legítimos de percepção e de ação no mundo social –, a partir do reconhecimento, pelos dominados, da *legitimidade* da dominação e, por outro, no *desconhecimento* das relações de força que fundam tal legitimidade (ALMEIDA, 2017).

A *legitimação* é, portanto, o processo que permite definir como legítimos (válidos, verdadeiros, corretos) os bens culturais que a sociedade considera superiores, sendo esta definição, no mais das vezes, realizada pela classe dominante. Para Bourdieu, nenhuma cultura é intrinsecamente superior à outra, sendo o *arbitrário cultural* a imposição – e o reconhecimento – de uma cultura, a dominante, como uma verdade universal. A arbitrariedade do arbitrário cultural dominante reside justamente no fato de ser *desconhecido* em sua verdade objetiva de arbitrário cultural e de arbitrário cultural dominante (VIANA, 2017).

*O reconhecimento* da cultura legítima pelos dominados funda-se no exercício de um poder que aparece como legítimo e que teria suporte num conjunto de representações sobre a realidade, compartilhado por dominantes e dominados; ou seja, numa crença coletiva na legitimidade de um bem. Essas representações/crenças justificariam a dominação estabelecida, tornando-a aceitável, e até desejável, em nome de uma definição, supostamente universal, do Bom, do Bem, do Justo, do Sagrado, da Verdade, do Normal, do Natural. (ACCARDO, 1991, *apud* VIANA, 2017, p. 245)



### 1.1.5. *Violência simbólica, sistemas simbólicos e poder simbólico*

Bourdieu define essa adesão ou contribuição dos dominados para sua própria submissão, aceitando a sua condição como inscrita “na ordem das coisas”, como *violência simbólica*, conceito que se aplica a todas as formas “brandas” de dominação que conseguem ganhar a adesão dos dominados, em contraposição às formas brutais baseadas na força física ou armada (embora a violência física seja sempre também simbólica).

“Violência” porque, por mais brandas que elas possam ser, tais formas não deixam de exercer uma verdadeira violência sobre aqueles que a sofrem, engendrando a vergonha de si e dos seus, o autodescrédito, a autocensura ou a autoexclusão. “Simbólica”, pelo fato de se exercer na esfera das significações ou, mais precisamente, do sentido que os dominados conferem ao mundo social e a seu lugar nesse mundo. (TERRAY, 1996, *apud* MAUGER, 2017)

Assim, a violência simbólica se caracteriza por ser uma violência oculta, que opera prioritariamente através da *linguagem* e das *representações*, cuja força reside no *desconhecimento* da violência que a produziu mas, ao mesmo tempo, no *reconhecimento* dos princípios em nome dos quais é exercida, constituídos pelos *sistemas simbólicos* forjados pela cultura dominante.

Bourdieu (1989) explica que a tradição neokantiana trata os diferentes *sistemas simbólicos* (mito, religião, arte, língua, ciências, direito etc.) como “instrumentos de conhecimento e de construção do mundo dos objetos”, definindo-os, por tal razão, como “estruturas estruturantes”, pois é através destas formas simbólicas que o indivíduo apreende e dá sentido à realidade.

No entanto, a partir de Durkheim e de seus esforços em dar uma resposta “positiva” e “empírica” ao problema do conhecimento, os sistemas simbólicos passaram a ser entendidos também como fatos sociais, de modo que deixaram de ser formas universais (transcendentais), aplicáveis a qualquer grupo social de maneira apriorística, para se tornarem “formas sociais” e, portanto, arbitrárias e socialmente determinadas – porque relativas a um grupo particular e por este definidas.

Isso significa, em síntese, que os sistemas simbólicos são estruturas socialmente construídas, é dizer, são conformadas a partir da concordância das subjetividades dos indivíduos que compõem determinado grupo social (por exemplo, a definição do que é sagrado numa determinada sociedade é feita pela concordância dos indivíduos que a compõem; sagrado é aquilo que o grupo diz que é, e essa concepção será internalizada,

compartilhada e reproduzida pelos seus integrantes).

Assim, podemos afirmar, em suma, que nossa visão de mundo é orientada por nossa religião, nossa língua, nossa percepção da arte e do mito, nosso direito, enfim, por nossa cultura como um todo, porque estamos inseridos num determinado contexto social, definido no tempo e no espaço e construído socialmente, que nos informa e molda nossas disposições sem que nós sequer percebamos sua influência sobre nós.

Bourdieu afirma, porém, que os sistemas simbólicos são também “estruturas estruturadas”, ou seja, passíveis de uma análise de sua estrutura, porque ostentam uma conformação também socialmente definida. Um exemplo claro disso é a língua, forma simbólica responsável por tornar possível a produção de sentido a partir do som produzido pela fala, mas que precisa, para tanto, ser construída e, portanto, estruturada socialmente (a língua só faz sentido se for socialmente construída e compartilhada).

A partir dessas premissas, Bourdieu afirma que os sistemas simbólicos, “como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante porque são estruturados”. O *poder simbólico* que caracteriza a capacidade estruturante dos sistemas simbólicos e que permite a construção da realidade é devido ao que Durkheim, citado por Bourdieu, chama de “conformismo lógico”, quer dizer, de “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências” (DURKHEIM *apud* BOURDIEU, 1989).

Assim, Bourdieu conclui que as estruturas simbólicas são os instrumentos por excelência da “*integração social*” - retomando a noção de “solidariedade” preconizada por Durkheim -, pois tornam possível o consenso acerca do sentido do mundo social, contribuindo fundamentalmente para a reprodução da ordem social. Em outras palavras, as formas simbólicas exercem a *função social* de agregar os indivíduos de um determinado grupo social sob uma mesma visão de mundo entre eles compartilhada, criando uma identidade cultural.

No entanto, Bourdieu ressalta que, para a tradição marxista, os sistemas simbólicos exercem também *funções políticas*, na medida em que estão relacionados com os *interesses* da classe dominante. Nesse contexto, as *ideologias* (que nada mais são do que formas simbólicas) servem, de fato, aos interesses particulares da classe dominante, embora tendam a se apresentar como interesses universais e, portanto, comuns ao conjunto do grupo, reproduzindo a cultura dominante e contribuindo para a conservação da ordem social. Segundo Bourdieu (1989):

[...] A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante

(assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. [...] (BOURDIEU, 1989, p. 10)

Dessa forma, a cultura que une (função de integração dos sistemas simbólicos) é também a cultura que separa e que legitima as distinções (função política dos sistemas simbólicos), compelindo todas as demais culturas (designadas a partir de então como subculturas) a se definirem pela sua distância em relação à cultura dominante, é dizer, legitimando a hierarquia da estrutura socialmente estabelecida. A tradição marxista preconiza, em suma, que a cultura de uma determinada sociedade é reflexo dos interesses de sua classe dominante, a qual é responsável, em última análise, pela construção e reprodução dos sistemas simbólicos vigentes, com o objetivo de manter o *status quo*.

A partir dessa reflexão, Bourdieu conclui que é enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os sistemas simbólicos cumprem a sua *função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação*, contribuindo para *assegurar a dominação* de uma classe sobre outra, ao que dá o nome de violência simbólica. Isso porque as relações de comunicação são sempre relações de poder que dependem do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que podem permitir acumular ainda mais poder simbólico.

Em outras palavras, o *exercício* do poder simbólico é precisamente o que permite a sua *reprodução*, porque é *legítimo* e, portanto, *confere* legitimidade. O dominado, que sofre a violência simbólica resultante do exercício do poder simbólico, reconhece essa violência como legítima (é aceita e até esperada), possibilitando a manutenção da relação de dominação e, portanto, das distinções de classe.

### ***1.1.6. A teoria dos campos***

A partir do reconhecimento de que as sociedades modernas ou industriais são caracterizadas por uma forte diferenciação social das atividades ou funções, Bourdieu pretendeu, com sua teoria dos campos, propor um referencial bastante amplo para pensarmos nossas sociedades diferenciadas.

Segundo o autor, nas sociedades altamente diferenciadas, “o cosmo social é constituído pelo conjunto desses microcosmos sociais relativamente autônomos, espaços de relações objetivas que são o lugar de uma lógica e de uma necessidade específicas e

irredutíveis àquelas que regem os outros campos” (BOURDIEU; WACQUANT, 1992, *apud* LAHIRE, 2017). Com isso, Bourdieu procurou demonstrar ao longo de sua obra como diferentes campos, tais quais o campo artístico, o campo religioso e o campo econômico, obedecem a lógicas diferentes.

Embora Bourdieu não tenha dado uma definição precisa ao conceito de campo, indicando seus elementos fundamentais de maneira sistematizada, Lahire (2017) aduz que é possível extrair de sua obra que um *campo* é um microcosmo incluído no macrocosmo constituído pelo espaço social global (nacional ou, mais raramente, internacional), com regras do jogo e desafios específicos, irredutíveis às regras do jogo e aos desafios dos outros campos, de modo que os interesses sociais são sempre particulares a cada campo e, portanto, não se reduzem ao interesse de tipo econômico.

Tal qual o espaço social global, um campo é também um “sistema” ou um “espaço” estruturado de posições ocupadas por seus diferentes agentes sociais, cujas práticas e estratégias só se tornam compreensíveis se forem relacionadas às suas posições no campo, dentre as quais encontra-se a oposição entre as estratégias de conservação e as estratégias de subversão do estado da relação de forças existentes.

Assim, o campo é um espaço de lutas em que está em jogo uma concorrência ou competição entre os agentes que ocupam as diversas posições, cujo objetivo reside na apropriação do capital específico do campo (obtenção do monopólio do capital específico legítimo) e/ou a redefinição desse capital. Como esse capital é desigualmente distribuído no seio do campo, existem nele dominantes e dominados, de modo que sua estrutura é definida pelo estado de uma relação de forças histórica entre os agentes em confronto no campo. Contudo, todos os agentes de um campo têm interesse em que ele exista, de modo que mantêm uma “cumplicidade objetiva” para além das lutas que os opõem (LAHIRE, 2017).

Por fim, a cada campo corresponde um *habitus* (sistema de disposições incorporadas) que lhe é particular, o que faz com que apenas aqueles que tiverem incorporado o *habitus* próprio do campo estejam em condições de disputar o jogo e de acreditar na sua importância.

### **1.1.7. O campo jurídico**

Dentre os campos sociais existentes, interessa-nos compreender as peculiaridades do *campo jurídico*, cuja relevância, para Bourdieu, reside no papel que o direito exerce na estrutura social e em sua relação com o Estado.

Para Bourdieu (1989), a “força do direito” remete ao que ele designa como “a magia

do Estado” e o efeito de *oficialização* e *certificação* que lhe é inerente, sendo o certificado escolar seu ato típico.

O diploma faz parte da categoria dos *atos de certificação*, de validação, pelos quais o Estado garante e consagra determinado estado de coisas sociais (um nível escolar, o âmbito de competência de uma profissão, uma identidade, um estado civil). Assim, os *atos jurídicos* são atos de reconhecimento que prescrevem o que eles consagram por serem dotados “de uma objetividade e de uma universalidade que [as propriedades estatutárias] impõem à percepção de todos [...], como inscritas em uma essência de natureza socialmente garantida” (BOURDIEU, 1989), aquela que é conferida pelo Estado.

Assim, conforme Bourdieu (2014), o Estado pode ser definido como um princípio de produção e de representação legítima do mundo social, caracterizando-se pela posse do monopólio da violência física e simbólica legítima.

Poder-se-ia dizer que, a rigor, o Estado é o lugar de circulação da palavra oficial, do regulamento, da regra, da ordem, do mandato, da nomeação. Nessa lógica, o Estado seria caracterizado pelo fato de ser o lugar de um poder universalmente reconhecido [...] que tem, atrás dele, o consenso social, consenso atribuído a uma instância encarregada de definir o bem público, isto é, o que é bom para o público, em público, para o conjunto das pessoas que definem o público. Seria possível dizer que um dos paradoxos do Estado reside no fato de que os detentores do monopólio do bem público são também detentores do monopólio do acesso aos bens públicos. (BOURDIEU, 2014, p. 128)

Dessa forma, o direito consagra a ordem estabelecida ao reconhecer como legítima uma visão dessa ordem, que é uma visão de Estado e garantida pelo Estado, agindo como em suplemento de sua dominação simbólica ao “formalizar” e ao “colocar formas nas relações de poder” (BOURDIEU, 1989).

Ocorre que o Estado é uma ficção de juristas, que na sua formação se alçaram à condição de primeiros “nobres do Estado”, a partir do desenvolvimento de uma visão política do ente estatal como um serviço público, ou seja, como uma atividade pretensamente desinteressada orientada para fins universais e não unicamente para a defesa dos interesses do rei e, por conseguinte, dos seus próprios interesses.

Com efeito, na transição do Estado absolutista para o Estado moderno, os juristas e os parlamentares dos séculos XVII e XVIII procuraram justificar a autoridade superior que tentavam encarnar ao elaborar os princípios normativos do Estado e o direito que lhes corresponde; “Eles tiveram de inventar o universal – o direito, a ideia de serviço público, de interesse geral, de população, etc. – e, se é que se pode dizer, a dominação em nome do universal para ter acesso à dominação” (BOURDIEU, 1989).

Assim, a nobreza do Estado, como escreveu repetidamente Bourdieu, “fundou sua razão de ser social e sua dominação ao afirmar e defender a autonomia do serviço público em nome do direito em relação ao poder régio, em nome da competência em relação à nobreza hereditária e em nome do interesse geral por oposição ao universo econômico” (LENOIR, 2017).

## **1.2. Considerações sobre os procedimentos metodológicos da pesquisa**

Fixados os pressupostos teóricos da pesquisa, discutiremos a seguir a respeito do percurso metodológico da pesquisa.

A pesquisa bibliográfica e documental deu-se por meio da consulta de relatórios e dados divulgados por organismos oficiais e da sociedade civil ligados ao sistema de justiça e à defesa dos direitos humanos, especialmente sobre o uso da prisão preventiva no Brasil e nas Américas, além de informações a respeito da magistratura brasileira, todos disponíveis *online*. Foram consultados, ainda, livros diversos de direito processual penal de autores renomados, sobre a história do direito e da magistratura no Brasil, de Pierre Bourdieu e de outros autores que comentam a obra de Bourdieu, com o fim de dar suporte teórico à análise dos dados coletados nas entrevistas.

Quanto à pesquisa de campo, a coleta de dados consistiu na realização de entrevista compreensiva (KAUFMANN, 2013) com magistrados da capital amazonense, visando a identificar as representações atribuídas por eles à prisão preventiva e, em última análise, suas disposições íntimas com relação ao uso desse instrumento.

A entrevista compreensiva, desenvolvida pelo sociólogo francês Jean-Claude Kaufmann, não é apenas uma técnica, mas um método de trabalho diferenciado e com propósitos claros, visando à produção teórica a partir dos dados. Kaufmann (2013) revê criticamente o modo habitual de tratamento metodológico, aderindo a uma perspectiva dinâmica e construtivista, em substituição ao formalismo e ao tecnicismo.

A entrevista compreensiva constitui um método de coleta e análise de dados que permite abordar, de um modo privilegiado, o universo subjetivo do ator, ou seja, as representações e os significados que atribui ao mundo que o rodeia e aos acontecimentos que relata como fazendo parte da sua história. Essa subjetividade é, para o sociólogo, não um mero reflexo da individualidade desse ator, mas de um processo de socialização e de compartilhamento de valores e práticas com outros, ou seja, resulta de uma intersubjetividade (LALANDA, 1998).

Segundo Kaufmann (2013), o método da entrevista compreensiva toma emprestado as diversas técnicas de pesquisa qualitativa e empírica, sobretudo as técnicas etnológicas de trabalho com informantes, mas inova ao concentrar os dados qualitativos na palavra do entrevistado, aproximando-se da técnica habitual da entrevista semidiretiva, o que permite “analisar as práticas utilizando a palavra” sem as amarras metodológicas típicas deste tipo de entrevista.

Essa metodologia, ou etnometodologia, exige a coleta de diferentes narrativas, de diferentes atores que viveram experiências similares, mas pode ultrapassar as singularidades de cada narrativa e construir progressivamente uma representação sociológica dos componentes sociais (coletivos) dessa situação em estudo (BERTAUX, 2005). O objetivo da perspectiva etnossociológica, utilizando a designação de Daniel Bertaux (2005), não é o de procurar os esquemas de representações ou o sistema de valores de uma determinada pessoa isolada, nem mesmo de um grupo social, mas de estudar um “fragmento” particular da realidade sócio-histórica, um “objeto social”.

A ideia inicial era entrevistar juízes com atuação em Manaus lotados em varas com competência criminal destinadas ao julgamento de infrações de gravidade média (pena mínima superior a 02 anos e máxima de até 04 anos) e gravidade alta (pena máxima superior a 04 anos), sendo elas atualmente as seguintes:

- 10 (dez) Varas Criminais comuns, cada uma com 01 (um) juiz titular;
- 04 (quatro) Varas Especializadas em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes (VECUTES), cada uma com 01 (um) juiz titular;
- 03 (três) Varas do Tribunal do Júri, cada uma com 02 (dois) juízes titulares;
- 02 (duas) Varas de Crimes Contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes, cada uma com 01 (um) juiz titular.

Foram excluídos deste universo os magistrados com competência de execução penal (não trabalham com prisões cautelares uma vez que fiscalizam o cumprimento da pena definitiva), de julgamento de infrações de menor potencial ofensivo (em regra, não comportam a decretação da prisão preventiva), de julgamento de atos infracionais (sistema processual diferenciado e processos sigilosos) e de auditoria militar (sistema processual diferenciado e não responde por fração relevante da população carcerária).

Após a qualificação do projeto de pesquisa, foi solicitada a anuência institucional do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) a fim de que fosse autorizada a coleta de dados junto a pelo menos 04 (quatro) magistrados mediante a realização de entrevistas, para então se proceder à submissão do projeto à aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa da

Universidade do Estado do Amazonas.

No entanto, a avaliação do pedido de anuência institucional não é realizada diretamente pelo Presidente do TJAM, mas sim por um de seus juízes auxiliares, o qual tem a atribuição de emitir um parecer a respeito da viabilidade de se autorizar a pesquisa ou não, documento este que serve de fundamento para a decisão final do Presidente do TJAM.

Após o protocolo do pedido de anuência institucional junto ao TJAM, o juiz auxiliar responsável pela sua análise emitiu parecer autorizando a pesquisa, porém indicou uma única magistrada que seria a responsável por oferecer a entrevista, inviabilizando a coleta de dados junto a pelo menos 04 (quatro) magistrados, conforme proposto no projeto, além de violar o sigilo da fonte de antemão.

Diante disso, pedi auxílio a um amigo que é servidor do Tribunal, o qual averiguou as razões do despacho e descobriu que o TJAM vinha recebendo diversos pedidos de anuência institucional para a realização de pesquisas científicas sobre a prisão, razão pela qual os desembargadores responsáveis decidiram indicar uma magistrada que receberia uma espécie de *briefing* a respeito das estatísticas do Tribunal para que fosse a porta-voz oficial do órgão em eventuais entrevistas.

De posse desta informação, protocolei nova petição explicando as razões pelas quais a providência sugerida seria danosa à pesquisa e me dirigi ao Tribunal com o fim de conversar pessoalmente com o juiz auxiliar responsável, ocasião em que fui prontamente recebido – com o auxílio dos contatos oferecidos pelo meu amigo – e pude esclarecer que a metodologia do projeto de pesquisa demandava a realização de pelo menos 04 (quatro) entrevistas com diferentes juízes criminais, cuja participação seria absolutamente facultativa e não requereria o conhecimento de dados oficiais do TJAM ou de qualquer outro órgão, esclarecendo ainda que o nome dos magistrados não seria divulgado e suas opiniões não seriam tomadas como a posição oficial do Tribunal.

Assim, a pesquisa foi finalmente autorizada pelo TJAM nos moldes propostos e o projeto foi submetido à apreciação do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), o qual autorizou a realização da pesquisa após sugerir pequenas correções, conforme protocolo nº 13280819.8.0000.5016.

Embora se tivesse optado pela definição de uma amostra de 04 (quatro) magistrados com atuação na capital a serem entrevistados, foi realizada uma entrevista-piloto com um juiz da comarca onde eu atuava como defensor público, o qual não exercia atribuições exclusivamente criminais, mas que aceitou participar da entrevista e ofereceu valiosas informações sobre sua experiência, o que me auxiliou a promover ajustes no roteiro de



entrevistas que foi utilizado para a coleta de dados junto aos magistrados de Manaus, razão pela qual sua entrevista foi incluída na análise que será apresentada a seguir.

Os outros quatro magistrados entrevistados foram convidados em suas respectivas varas de atuação no Fórum Ministro Henoch Reis, em Manaus, todos com competência exclusivamente criminal, os quais aceitaram participar da pesquisa mediante assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. No mais das vezes, a viabilização das entrevistas requereu algum esforço, seja pela rotina atribulada dos juizes em razão das audiências (todos os juizes preferiram ser entrevistados em seus gabinetes, e duas das entrevistas foram realizadas durante o expediente forense, que é de 08h às 14h), seja pelo receio de exporem suas opiniões a respeito do tema da pesquisa.

O roteiro de entrevista foi formulado em diferentes seções, sendo as primeiras dedicadas a aspectos mais pessoais da carreira e da experiência profissional dos juizes na área criminal, sendo questionado, por exemplo, como se deu a escolha pela carreira e qual o impacto de ser juiz em sua vida, bem como a respeito dos desafios de atuar na área criminal, tudo com a finalidade de “quebrar o gelo” e deixá-los mais à vontade para responder às perguntas que viriam a seguir.

Posteriormente, os magistrados foram questionados a respeito de suas percepções sobre a audiência de custódia e, de forma mais detida, sobre a prisão preventiva, particularmente a respeito dos critérios que cada um utiliza para fundamentar sua decretação, bem como foi abordada a influência da mídia, da opinião pública e do próprio Tribunal de Justiça neste tema. Ao final, os magistrados foram questionados a respeito da função que a prisão preventiva exerceria no contexto da segurança pública e outros temas correlatos, inclusive sobre o papel do Poder Judiciário no combate à criminalidade e a superlotação dos presídios.

Embora estes grandes temas tenham sido seguidos à risca em todas as entrevistas, o roteiro serviu fundamentalmente como guia, de modo que nem todas as perguntas previstas foram efetivamente postas, assim como outras perguntas surgiram de acordo com a resposta de cada magistrado.

A seguir, apresentaremos sucintamente os pressupostos técnico-jurídicos das prisões cautelares e posteriormente exporemos alguns dados a respeito da realidade carcerária no Brasil e no Amazonas, os quais compõem o plano de fundo que deu ensejo à presente pesquisa.

## Capítulo 2. Prisões cautelares e realidade carcerária no Brasil e no Amazonas

### 2.1. Prisões cautelares

O uso da prisão como castigo surgiu num momento em que a prevenção e reforma do infrator passaram a integrar, ao lado da retribuição, os fins que deveriam ser perseguidos pela sociedade ao se aplicar a pena. O castigo meramente vingativo e expiatório, consubstanciado principalmente na pena de morte e em castigos corporais cruéis, cedeu lugar à prisão conforme o humanismo se desenvolveu com o advento do Iluminismo, particularmente a partir do século XVII, período em que se priorizou a racionalização das penas como forma de valorização do homem, a fim de que este fosse punido de maneira proporcional ao ato cometido, evitando-se excessos nas sanções, com o objetivo de viabilizar seu retorno ao convívio social.

No entanto, a privação da liberdade já era utilizada desde a Antiguidade e se destinava a garantir a aplicação de eventual pena aos réus sob julgamento, além de servir como meio coercitivo de cobrança de dívidas civis. Mesmo com a transformação da prisão na pena por excelência, a segregação do indivíduo continua sendo utilizada como medida cautelar de referência no curso do processo, o que se revela com especial clareza em nosso país.

A fim de melhor compreendermos o tema das prisões cautelares, é necessário que as situemos com rigor no contexto do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para tanto, analisaremos inicialmente as medidas cautelares de natureza pessoal, dentre as quais se inserem as prisões cautelares.

#### ***2.1.1. Medidas cautelares de natureza pessoal***

As *medidas cautelares de natureza pessoal* são providências urgentes adotadas durante a investigação ou no curso do processo criminal que importam na restrição ou privação da liberdade de locomoção do indivíduo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo. Com isso, busca-se evitar que o investigado/réu destrua provas, intimide testemunhas, fuja ou de qualquer outro modo prejudique a investigação, a produção probatória ou mesmo a imposição de uma pena ao final do processo caso seja condenado.

A imposição das medidas cautelares requer a presença de dois pressupostos, que são o *fumus comissi delicti* (“fumaça do cometimento do delito”) e o *periculum libertatis* (“perigo na liberdade”). O primeiro traduz a necessidade de haver elementos objetivos que formam

uma aparência de que um determinado delito de fato foi cometido ou, pelo menos, tentado (prova da materialidade do crime) por aquela pessoa sobre quem recai a suspeita de tê-lo praticado (indícios suficientes de autoria ou de participação), enquanto o segundo deve ser compreendido como o “perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social” (LIMA, 2017, p. 844).

Existem três medidas cautelares de natureza pessoal no ordenamento jurídico brasileiro, a saber: a) liberdade provisória; b) medidas cautelares diversas da prisão; e c) prisão cautelar.

A *liberdade provisória* consiste na autorização a que o acusado responda ao processo criminal em liberdade, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sem prejuízo de serem decretadas medidas alternativas ou até mesmo a prisão caso seja necessário (ex., intimidação de testemunhas no curso do processo, destruição de provas etc.).

As *medidas cautelares diversas da prisão*, por sua vez, não implicam na segregação total do indivíduo, mas apenas na imposição de determinadas restrições à sua liberdade, e estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal:

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.

Por fim, a *prisão cautelar*, também denominada provisória, processual ou *carcer ad custodiam*, é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, sendo a

única medida cautelar de natureza pessoal que implica em privação total da liberdade do indivíduo, razão pela qual é absolutamente excepcional e somente deve ser decretada caso as medidas cautelares anteriores não se revelem suficientes para garantir o bom andamento do processo criminal.

Distingue-se, por conseguinte, da prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, a qual é resultante de sentença criminal condenatória transitada em julgado em que se impôs o cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim, diferentemente da prisão cautelar, a prisão-pena caracteriza-se pela definitividade, uma vez que pressupõe a observância de todas as etapas da persecução penal com a prolação, ao final, de decisão condenatória irrecorrível, e cuja operacionalização ocorre mediante a privação da liberdade do apenado em maior ou menor grau<sup>1</sup>.

### ***2.1.2. Espécies de prisões cautelares***

A maioria dos autores reconhece a existência de 03 (três) modalidades de prisão cautelar, sendo elas: a) prisão em flagrante; b) prisão temporária; e c) prisão preventiva (LIMA, 2017; LOPES JÚNIOR, 2012).

#### ***2.1.2.1. Prisão em flagrante***

A *prisão em flagrante* consiste na privação da liberdade de locomoção de pessoa que tenha sido surpreendida durante o cometimento de um delito ou logo após praticá-lo, motivo por que independe de ordem judicial<sup>2</sup>. Constitui verdadeira medida de autodefesa da sociedade, pois tem como objetivo principal evitar a consumação do delito e a fuga do infrator, auxiliando na colheita de elementos informativos a respeito do crime e, via de consequência, na persecução penal.

A prisão em flagrante, porém, não autoriza por si só a manutenção da detenção cautelar, devendo o juiz verificar, assim que receber o auto de prisão em flagrante, a possibilidade de conceder a liberdade provisória para que o indivíduo responda ao processo em liberdade. Caso seja necessário, poderá impor medidas cautelares diversas da prisão ou, em último caso, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que presentes os

---

1 As penas privativas de liberdade podem ser cumpridas em regime aberto, semiaberto ou fechado, conforme dispõe o art. 33 do Código Penal.

2 O art. 301 do CPP prevê que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

requisitos que a autorizam (art. 310 do CPP).

#### 2.1.2.2. *Prisão temporária*

A *prisão temporária*, por sua vez, constitui espécie de prisão cautelar decretada por juiz competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo de duração preestabelecido, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade de infrações penais especialmente graves.

Assim, trata-se de prisão cautelar cabível somente na fase de inquérito policial, quando imprescindível para a colheita de elementos de prova a respeito de determinados crimes, com prazo de duração determinado em Lei<sup>3</sup>, devendo persistir apenas enquanto estritamente necessário para as investigações.

#### 2.1.2.3. *Prisão preventiva*

Por fim, a *prisão preventiva*, espécie de prisão cautelar mais comum, pode ser decretada tanto no curso da investigação quanto durante o processo criminal e não tem prazo de duração determinado por lei, sendo necessário, entretanto, que estejam preenchidos os pressupostos autorizadores (art. 312 do CPP) bem como as hipóteses de cabimento previstas na Lei (art. 313 do CPP), e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP).

A Lei nº 12.403/11, que modificou substancialmente o sistema de cautelares pessoais em nosso Código de Processo Penal, restringiu de maneira considerável o uso da prisão preventiva, passando a exigir os seguintes pressupostos: a) prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; b) garantia da ordem pública; c) garantia da ordem econômica; d) garantia de aplicação da lei penal; e) conveniência da instrução criminal; f) descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Dos pressupostos citados, o mais controverso é o de *garantia da ordem pública*, por tratar-se de expressão vaga e imprecisa, cujo conteúdo tende a assumir caráter excessivamente subjetivo. A maioria dos autores, contudo, defende que a garantia da ordem pública significa

---

3 O prazo de duração da prisão temporária é de 05 (cinco) dias, prorrogável uma única vez por igual período, quando se tratar de crime comum, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 7.960/89. Em caso de crime hediondo e equiparado, o prazo máximo legal é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, nos termos do art. 2º, §4º da Lei nº 8.072/90.

que a prisão preventiva pode ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude do risco que a liberdade do agente representa. Assim, “faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social” (LIMA, 2017, p. 965).

No entanto, o que se verifica na prática é o uso indiscriminado desse argumento para a manutenção de prisões que, a rigor, não seriam necessárias para garantir o bom andamento do processo.

### **2.1.3. Princípios reitores das prisões cautelares**

#### *2.1.3.1. Princípio da presunção de inocência*

O ponto de partida para qualquer análise a respeito dos direitos e do tratamento concedido às pessoas que se encontram presas provisoriamente é, sem dúvida alguma, o princípio da presunção de inocência, o qual está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, bem como em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11.1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXVI) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.2), dentre outros.

O princípio da presunção de inocência pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, “durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)” (LIMA, 2017, p. 43-44).

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, já advertia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida” (BECCARIA, 2003, p. 37). Assim, mais do que um princípio, a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* ao Estado, na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente (LOPES JÚNIOR, 2012).

Funciona como um dever imposto, primeiramente, ao juiz, no sentido de que o ônus da prova seja inteiramente do acusador. Assim, não cabe ao réu provar sua inocência, mas sim à acusação provar sua culpa, de modo que, se houver dúvidas ao final do processo, deve o juiz

absolvê-lo.

Além disso, a presunção de inocência implica restrições severas ao uso das prisões cautelares, já que não é justo que alguém tenha sua liberdade cerceada sem que tenha sido definitivamente condenado. Portanto, seu uso deve se restringir a situações excepcionais, e apenas quando absolutamente necessário para resguardar a eficácia do processo.

Por fim, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu, impondo limites à exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial (LOPES JÚNIOR, 2012).

Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do acusado. (LIMA, 2017, p. 46)

#### 2.1.3.2. Princípio da excepcionalidade

O princípio da excepcionalidade, que é decorrente do princípio da presunção de inocência, consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, isto é, somente deve ser utilizada quando as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, se revelarem insuficientes ou inadequadas no caso concreto (LOPES JÚNIOR, 2012).

Nesse sentido, o art. 282, §6º do CPP estabelece que a prisão preventiva será determinada *quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*, ao passo que o art. 310, II do CPP autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP e *se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*, o que denota o caráter subsidiário e, portanto, excepcional da prisão preventiva em relação às demais medidas cautelares.

#### 2.1.3.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é o responsável por nortear a conduta do juiz no momento de ponderar a gravidade da medida cautelar de natureza pessoal imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Assim, o juiz deve estar sempre atento à relação existente entre a eventual sanção

aplicada ao crime em tese praticado, e àquela imposta em sede de medida cautelar, com vistas a impedir que o investigado/réu seja submetido a uma medida cautelar que se revele mais gravosa do que a sanção porventura aplicada ao final (LOPES JÚNIOR, 2012).

#### *2.1.3.4. Princípio da provisoriedade*

Já o princípio da provisoriedade, vinculado ao princípio da duração razoável do processo, estipula que a prisão cautelar deve ser temporária e breve, mesmo porque apenas tutela uma situação fática, sob pena de assumir contornos de pena antecipada (LOPES JÚNIOR, 2012).

#### *2.1.3.5. Princípio da jurisdicionalidade*

Por fim, o princípio da jurisdicionalidade prevê que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada, inclusive a prisão em flagrante, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou por autoridade policial, caso em que o controle jurisdicional se dará em momento imediatamente posterior. Trata-se de princípio intimamente relacionado com o devido processo legal, já que, para haver privação de liberdade, necessariamente deve preceder um processo (LOPES JÚNIOR, 2012).

#### ***2.1.4. Pressupostos da prisão preventiva***

A prisão preventiva está disciplinada no Capítulo III do Título IX (Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória) do Código de Processo Penal (CPP), o qual dispõe o seguinte:

### CAPÍTULO III

#### DA PRISÃO PREVENTIVA

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

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.

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).

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).

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.

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.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Assim, em razão de seu caráter extremo e excepcionalíssimo, haja vista resultar na privação da liberdade do indivíduo, a decretação da prisão preventiva demanda o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP e está limitada pelas condições dispostas no art. 313 do mesmo diploma legal, além de exigir sempre decisão judicial motivada, o que indica que não basta que o magistrado aponte o fundamento legal da decisão, sendo necessário que tal fundamento esteja respaldado nos fatos analisados.

#### *2.1.4.1. Prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*

O primeiro pressuposto da prisão preventiva é a demonstração do *fumus comissi delicti*, isto é, a existência de provas – e não apenas indícios – da materialidade do crime (comprovação da existência do delito no plano fático) e, por outro lado, de indício suficiente de autoria, é dizer, de circunstância que indique, com razoável grau de confiabilidade, ser aquela pessoa autora ou partícipe do delito.

O *fumus comissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático

real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (ILLESCAS RUS, 1995, p. 66 apud LOPES JÚNIOR, 2012, p. 825)

Pode-se dizer, portanto, que o *fumus comissi delicti* representa a *probabilidade da ocorrência de um delito*, requisito indispensável para a decretação da prisão preventiva. Além dele, exige-se também a existência de uma *situação de perigo ao regular desenvolvimento do processo*, representada pelo *periculum libertatis*, cujas variações legais são alternativas (e não cumulativas), de modo que basta uma delas para justificar a decretação da prisão, conforme veremos a seguir.

#### 2.1.4.2. *Garantia da ordem pública*

A “garantia da ordem pública” é certamente o fundamento mais controverso para a decretação da prisão preventiva entre os processualistas penais, uma vez que o conceito de “ordem pública” é absolutamente vago e indeterminado, prestando-se às mais diversas interpretações subjetivas dos magistrados, o que o faz ser também o argumento mais utilizado na prática judicial (CNJ, 2018a).

[...] Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 828-829)

Renato Brasileiro de Lima (2017) identifica três correntes existentes na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de se decretar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública.

Para uma primeira corrente, de caráter mais restritivo, as medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais, de atender ao clamor social ou de emprestar credibilidade às instituições (finalidade extraprocessual).

Quando se prende para “garantir a ordem pública”, não se está buscando a conservação de uma situação de fato necessária para assegurar a utilidade e eficácia de um futuro provimento condenatório. Ao contrário, o que se está pretendendo é a antecipação de alguns efeitos práticos da condenação penal. No caso, privar o acusado de sua liberdade, ainda que juridicamente tal situação não seja definitiva, mas provisória, é uma forma de tutela antecipada, que propicia uma execução penal antecipada. (BADARÓ, 2015, p. 978)

Compreende-se, portanto, que as medidas cautelares de natureza pessoal são instrumentos que visam a garantir a *eficácia do processo*, isto é, a produção probatória e a aplicação de eventual pena, de modo que qualquer utilização diversa que envolva juízo de valor a respeito da culpabilidade ou da periculosidade do réu configura inaceitável *antecipação de pena*, o que evidentemente não se compatibiliza com o princípio constitucional da presunção de inocência, razão por que diversos doutrinadores entendem que a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é *inconstitucional* (v. GOMES FILHO, 1991; PRADO, 2011; SANGUINÉ, 2001; LOPES JÚNIOR, 2012; BADARÓ, 2015).

Neste sentido, Geraldo Prado (2011) entende que

[...] a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo – se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída – valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade. (PRADO, 2011, p. 142-143)

Em seu relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, e coadunando-se com o entendimento até aqui exposto, a CIDH (2013a) recomendou aos Estados que intensificassem seus esforços e assumissem a vontade política necessária para erradicar o uso da prisão preventiva como forma de pena antecipada ou ferramenta de controle social, afirmando ser “essencial enviar desde os níveis mais altos do governo e da administração de justiça uma mensagem institucional de respaldo ao uso racional da prisão preventiva, e ao respeito do direito à presunção de inocência”, alertando para “as tendências ou mecanismos legislativos que promovem mais encarceramento para combater a insegurança cidadã” e que, geralmente, buscam potencializar a aplicação da prisão preventiva principalmente por meio da “ampliação das causas de procedência da prisão preventiva além da sua lógica cautelar”, atendendo a critérios punitivos ou de periculosidade, como o “perigo de reincidência” (CIDH, 2017, p. 59 e 60).

No entanto, esta corrente é minoritária na jurisprudência nacional, sendo raramente

aplicada pelos juízes e tribunais país afora.

A segunda corrente identificada por Lima (2017) admite o argumento da garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva, porém entendida como o “risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime” (LIMA, 2017, p. 964-965). Assim, faz-se um *juízo de periculosidade* do agente (e não de culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.

Portanto, de acordo com essa corrente, a prisão preventiva poderá ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública sempre que dados concretos demonstrarem que, se o agente permanecer solto, voltará a delinquir, não se podendo presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações e conjecturas desprovidas de base empírica concreta (LIMA, 2017).

Trata-se da corrente que prevalece no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>4</sup>.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não tem admitido a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade *em abstrato* do delito, isto é, no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal, como, por exemplo, decretar a prisão sob o argumento de que o agente cometeu um homicídio cometido mediante disparo de arma de fogo ou o delito de tráfico de drogas, que é hediondo, sem indicar circunstâncias concretas do fato que permitam inferir que, se solto, o agente poderá voltar a delinquir.

Também não se tem admitido a decretação da prisão preventiva em razão da *repercussão da infração* ou do *clamor social* provocado pelo crime, haja vista que o poder judiciário está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria, facilmente manipulada pela mídia<sup>5</sup>.

---

4 Neste sentido, STJ, 6ª Turma, HC 85.922/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Informativo nº 354 do STJ (28 de abril a 9 de maio de 2008); STJ – HC 52.745/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti – DJ 09/04/2007, p. 270; STJ – HC 119.115/RJ – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 11/05/2009; SRF – HC 89.266/GO – 1ª Turma – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJ 29/06/2007, p. 58; STF – HC 88.196/MS – 1ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 18/05/2007, p. 82; STF – HC 86.002/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 03/02/2006, p. 88; STF – HC 88.608/RN – 2ª Turma – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJ 06/11/2006, p. 51.

5 O STF tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar

Na prática forense, contudo, é comum deparar-se com decisões amparadas nos argumentos acima expostos, não apenas entre magistrados de primeiro grau, como também em acórdãos de Tribunais de Justiça dos Estados de todo o país e até mesmo nos Tribunais Superiores, o que revela não apenas a atecnia que assola boa parte do judiciário brasileiro, mas também o excesso de subjetividade no momento de decidir a respeito da necessidade ou não da custódia cautelar, naturalizando-se o fato de que os magistrados criminais decidam de acordo com suas próprias convicções morais, sociais, culturais e políticas em detrimento dos pressupostos objetivos e instrumentais das medidas cautelares de natureza pessoal.

Não por outra razão, Lima (2017) identifica uma terceira e última corrente, de caráter ampliativo, segundo a qual a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública pode ser decretada não apenas com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, como também nos casos em que o cárcere *ad custodiam* for necessário para “acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público” (LIMA, 2017, p. 968).

Fernando Capez, que é doutrinador, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e já foi deputado estadual por aquele Estado, defende esta terceira corrente, asseverando que “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo” (CAPEZ, 2009, p. 279)<sup>6</sup>.

No entanto, a adoção dessa terceira corrente apresenta claros riscos. Como aponta SANGUINÉ (2003),

[...] quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais [...], na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza. (SANGUINÉ, 2003, p. 114)

---

Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

6 No sentido de que a garantia da ordem pública abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência: STJ, 5ª Turma, RHC 26.308/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/09/2009, DJe 19/10/2009.

Ora, a prisão preventiva não pode pretender servir de exemplo para que terceiros não cometam crimes (prevenção geral) e nem almejar reformar o indivíduo que supostamente o cometeu (prevenção especial), haja vista que ela *não é pena*; a aplicação de uma sanção penal pressupõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado, isto é, da qual não seja mais possível recorrer para modificá-la, ao passo que a prisão preventiva serve apenas de instrumento para acautelar o regular andamento do processo criminal.

Aury Lopes Júnior (2012) alerta ainda para o fato de que o “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Segundo o autor, “[...] explora-se, midiaticamente um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com o proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento)”, provocando com isso uma repercussão midiática artificial com o objetivo de, em seguida, pedir-se a decretação da prisão preventiva utilizando aquele “clamor social” (midiático) artificialmente produzido como argumento (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 841).

O mesmo autor destaca que é preocupante, sob o ponto de vista das conquistas democráticas, que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas, aduzindo que o uso da prisão para legitimação dos poderes públicos anuncia um grave retrocesso para o Estado policalesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado após a Constituição Federal de 1988

Por fim, Lopes Júnior (2012) afirma que a avaliação da periculosidade do agente e do risco de reiteração criminosa como fundamento de garantia da ordem pública reflete o “anseio mítico por um direito penal do futuro”, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer, o qual constitui argumento flagrantemente inquisitório, visto que irrefutável, na medida em que impõe ao réu a pesada carga de ter que provar que, se solto, não cometerá um crime.

#### 2.1.4.3. *Garantia da ordem econômica*

O fundamento da garantia da ordem econômica foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei nº 8.884/94, a chamada Lei Antitruste, com o fim de tutelar o risco decorrente de condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e

valores, como, por exemplo, mediante condutas que perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Gustavo Badaró (2015) explica, contudo, que a prisão para garantia da ordem econômica não é, assim como aquela decretada para garantir a ordem pública, uma medida de natureza cautelar, uma vez que não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios (cautela instrumental) ou o resultado do processo (cautela final), tendo a finalidade de permitir uma execução penal antecipada, visando aos fins de prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, e não das medidas cautelares.

Trata-se de um fundamento que tem pouquíssima utilização forense e, quando utilizado, aparece comumente associado à garantia da ordem pública, sob o viés do “abalo social” que vultosos golpes no mercado financeiro possam causar.

#### 2.1.4.4. *Conveniência da instrução criminal*

A prisão preventiva por conveniência da instrução criminal tem por finalidade a cautela instrumental do processo, uma vez que visa a tutelar (proteger) a produção das provas (instrumentos para se chegar a uma decisão de mérito a respeito da culpa ou da inocência), quando houver indícios concretos de que o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

Embora o legislador tenha utilizado a expressão “conveniência da instrução criminal”, a prisão preventiva não pode ser decretada com base em *mera conveniência*, exigindo-se a demonstração da necessidade ou indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal (produção probatória).

Além disso, não obstante a lei fale em “instrução criminal”, período relativo à produção probatória no curso do processo criminal, isto é, quando já foi formalizada uma acusação e o processo se encontra na fase judicial, a prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal também pode ser decretada no curso da investigação policial, a fim de resguardar a colheita de elementos de informação durante o inquérito policial ou outra forma de investigação preliminar (BADARÓ, 2015).

#### 2.1.4.5. *Garantia de aplicação da lei penal*

A prisão preventiva decretada para garantir a aplicação da lei penal busca evitar que, diante da provável fuga do acusado, pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva, razão pela qual é denominada pela doutrina de prisão cautelar final, uma vez que busca resguardar o resultado do processo, que é a aplicação de uma pena em caso de condenação.

O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo), porém ele não pode ser presumido, devendo estar fundado em circunstâncias concretas constantes dos autos que demonstrem que o indivíduo pretende se subtrair à ação da justiça.

Trata-se de fundamento que enseja relevante discussão na prática judicial na medida em que há muito se institucionalizou a exigência de que a pessoa submetida a um processo criminal apresente um comprovante de “residência fixa” a fim de evitar ou revogar a prisão, uma vez que assim poderia ser facilmente localizada para receber eventuais intimações e, se for o caso, executar eventual pena imposta.

Ocorre que essa exigência acaba por vulnerabilizar ainda mais indivíduos que já se encontram em situação de vulnerabilidade, como as pessoas em situação de rua, estrangeiros refugiados sem residência fixa e moradores de ocupações irregulares e de bairros pouco ou não urbanizados que não recebem correspondência, grupos compostos por pessoas de baixa renda no geral, atribuindo-lhes o pesado ônus de colocar-se à disposição da justiça mediante a apresentação de endereço certo – o que nem sempre é possível – para sanar a própria ineficiência estatal de localizar seus próprios cidadãos e, em última análise, de oferecer condições dignas de moradia.

Assim, a ausência de domicílio certo não raras vezes é utilizada como argumento para fundamentar o risco de fuga e, assim, decretar a prisão preventiva, reforçando ainda mais a seletividade do sistema criminal.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que a simples afirmação de que o imputado carece de domicílio certo e conhecido não tem a força de lastrear a segregação provisória para assegurar eventual aplicação da lei penal, já que esta circunstância, por si só, não traduz risco concreto de fuga<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Neste sentido: STF, 1ª Turma, HC 91.616/RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 07/12/2007, p. 59; STF, 1ª Turma, HC 91.334/PA, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 17/08/2007, p. 59; STF, 1ª Turma, HC 90.967/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2007, p. 63.



#### *2.1.4.6. Descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão*

O art. 312, parágrafo único do CPP autoriza que a prisão preventiva seja decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP), nos termos do art. 282, §4º do CPP, segundo o qual, no caso de “descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva”.

Assim, a prisão preventiva deve ser sempre o último recurso a ser utilizado, mesmo quando houver o descumprimento de obrigações anteriormente impostas por força de cautelares diversas da prisão, recomendando-se a cumulação de medidas ou a imposição de outra mais grave antes de se recorrer à segregação cautelar.

## **2.2. Realidade carcerária no Brasil e no Amazonas: um diagnóstico preliminar**

Fixadas as premissas legais, dogmáticas e jurisprudenciais das prisões cautelares, neste capítulo serão apresentados dados estatísticos secundários a respeito do perfil da população carcerária brasileira, bem como será exposto um panorama da situação do sistema prisional amazonense segundo dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2013, e pelo programa “Defensoria Pública Sem Fronteiras” em 2017, após o massacre ocorrido em janeiro daquele ano em algumas unidades prisionais de Manaus.

Ao final, serão apresentadas as causas do uso excessivo da prisão preventiva nas Américas na visão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cujas conclusões servirão de referência para a análise dos dados coletados nesta pesquisa.

### ***2.2.1. Perfil da população carcerária brasileira***

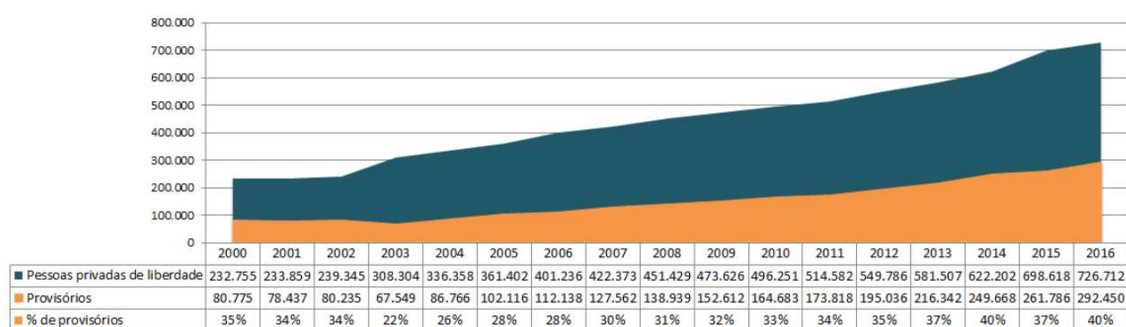
De acordo com Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2017, o Brasil já ocupava o 3º lugar no ranking de países com as maiores populações prisionais do mundo conforme dados coletados até dezembro de 2015, com um contingente total de 726.712 pessoas privadas de liberdade, sendo superado apenas por Estados Unidos (2.145.100) e China (1.649.804), respectivamente (DEPEN, 2017a, p. 09). Em termos relativos, uma atualização do estudo constatou que em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes,

enquanto que em junho de 2016 havia 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, o que indica um aumento de 157% na taxa de aprisionamento num período de apenas 16 anos (DEPEN, 2017b, p. 12).

O mesmo estudo realizado pelo DEPEN com dados coletados até junho de 2016 constatou que 40% da população carcerária nacional era composta por presos provisórios, isto é, que estavam aguardando julgamento. No entanto, alguns Estados apresentavam percentuais de presos cautelares que ultrapassavam os 60% da população prisional total, sendo eles Tocantins (75,05%), Maranhão (65,66%), Bahia (64,02%) e Amazonas (62,64%).

Em atualização do INFOPEN com dados coletados até junho de 2017, após os massacres ocorridos em diversos Estados, que somaram 133 mortes apenas no mês de janeiro de 2017<sup>8</sup>, resultando em mutirões carcerários por todo o país, constatou-se que a população de presos provisórios reduziu para 33,29% da população carcerária total, sendo que no Amazonas a parcela de presos provisórios continuou em alarmantes 53,85% (DEPEN, 2019).

**Figura 1:** Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano.

A raça/cor mais representativa na população carcerária brasileira é de negros (pretos e pardos), os quais respondem por 63,6% do total, muito embora representem 55,4% do conjunto da população nacional (DEPEN, 2019, p. 31-32).

No que diz respeito à idade dos encarcerados, o INFOPEN verificou que a população prisional é majoritariamente jovem, uma vez que 54% da população carcerária está compreendida na faixa etária de 18 a 29 anos (DEPEN, 2019), grupo que representa apenas 18% da população nacional (DEPEN, 2017b).

Por fim, quanto ao grau de instrução, pessoas analfabetas (3,45%), alfabetizadas informalmente (5,85%) e aquelas que têm o ensino fundamental incompleto (51,35%) até o

8 Conforme noticiado em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>.

ensino fundamental completo (13,15%) representam 73,8% da população prisional, contra 26,2% de pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior completo.

Dessa forma, não é difícil perceber que a grande massa da população aprisionada é constituída de homens jovens pretos e pardos, com baixa escolaridade e provenientes das camadas sociais mais pobres, cuja exclusão e marginalização não se inicia com o aprisionamento, mas em seu próprio meio social.

### ***2.2.2. Perfil da população carcerária amazonense***

No Amazonas, o perfil da população carcerária reflete em certa medida a realidade nacional, sendo que 63,54% é composta por jovens de 18 a 29 anos de idade, 75,02% são negros, sendo 5,45% pretos e 69,57% pardos, enquanto que, no que diz respeito ao grau de instrução, pessoas analfabetas (1,8%), alfabetizadas informalmente (2,06%) e aquelas que têm o ensino fundamental incompleto (54,53%) até o ensino fundamental completo (10,01%) representam 68,4% da população prisional, contra 31,6% de pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior completo (DEPEN, 2019).

### ***2.2.3. Situação do sistema prisional amazonense***

O III Mutirão Carcerário no Estado do Amazonas, o mais recente promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), foi realizado no período de 17 de setembro a 18 de outubro de 2013, com a meta de inspecionar os estabelecimentos prisionais e revisar as prisões definitivas e, em especial, as provisórias, cujo índice correspondia, à época, a 78% da população carcerária de todo o Estado (CNJ, 2013).

De acordo com o relatório final do mutirão carcerário, o sistema prisional amazonense, de uma maneira geral, padece de graves deficiências estruturais e de recursos humanos, o que resulta em ambientes insalubres para a custódia dos internos e dificulta sua reinserção social.

Segundo o relatório, a custódia de pessoas em delegacias de polícia é a regra em 52 (cinquenta e duas) das 61 (sessenta e uma) comarcas do Amazonas, o que demonstra a carência de estabelecimentos prisionais adequados por todo o Estado. A esse respeito, constatou-se que a concentração das vagas na capital tem distanciado o preso do seu núcleo

familiar, muitas vezes originário de municípios do interior do Estado, constituindo fator relevante para que o sistema prisional fomente a criminalidade fora dos presídios, haja vista a ausência de assistência da família.

Observou-se também que a maioria das unidades prisionais inspecionadas sofrem com a superlotação, reunindo grande número de presos amontoados em celas de tamanho incompatível com a quantidade de ocupantes, mas poucas possuem estrutura física e técnica de atendimento médico-odontológico, social, jurídico e psicológico para os internos.

Além disso, nem todas as unidades oferecem vagas para estudo e trabalho aos presos e, quando oferecem, é em número bastante escasso, que não beneficia a toda a população carcerária, relegando os presos à ociosidade, sem oportunidades de obter a capacitação profissional necessária para enfrentar o mercado de trabalho após o retorno à liberdade, o que prejudica a sua reinserção social.

O relatório alerta, ainda, que não são adotadas medidas eficazes no sentido de ao menos reduzir o acesso de aparelhos de comunicação e de drogas no interior dos presídios, o que resulta na dependência química de vários internos, contribuindo para a elevação do índice de reincidência.

Este panorama detectado em 2013 permanece praticamente inalterado até hoje, tendo sido tomadas apenas providências emergenciais após o massacre ocorrido no sistema prisional amazonense nos primeiros dias de 2017 e amplamente noticiado nos jornais.

Do referido massacre, motivado por uma disputa entre organizações criminosas rivais - Primeiro Comando da Capital (PCC), com origem em São Paulo, e Família do Norte (FDN), originária do Amazonas - resultaram 64 (sessenta e quatro) mortes, sendo que 56 (cinquenta e seis) ocorreram no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) no dia 1º de janeiro, 4 (quatro) na Unidade Prisional do Puraquequara (UPP) no dia 2 de janeiro, e outras 4 (quatro) na Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa (CPDRVP) no dia 8 de janeiro, a qual inclusive tinha sido desativada há pouco tempo em virtude da precariedade extrema de sua estrutura, porém teve de ser reativada para abrigar os presos filiados ao Primeiro Comando da Capital (PCC) em virtude do risco de morte nos demais presídios, tomados pela facção rival Família do Norte (FDN), medida que não foi suficiente para sua proteção.

Assim, considerando o escopo da presente pesquisa, em que se pretende analisar a população carcerária da capital a partir de 2013, pontuaremos a seguir as principais observações feitas pelo relatório final do referido mutirão a respeito das unidades prisionais de Manaus destinadas a pessoas do sexo masculino presas em caráter provisório, razão pela qual foram excluídas as unidades prisionais femininas, o Complexo Penitenciário Anísio

Jobim (COMPAJ), destinado exclusivamente ao cumprimento de pena, bem como o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, destinado ao tratamento dos internos acometidos por doenças mentais, seja em caráter provisório ou definitivo. Também foi excluído o Centro de Detenção Provisória de Manaus II (CDPM II), uma vez que somente foi inaugurado em 29 de setembro de 2017.

#### *2.2.3.1. Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa (CPDRVP)*

Localizada na Av. Sete de Setembro, no Centro da cidade de Manaus, a Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa (CPDRVP) tinha a função precípua de centro de triagem, ou seja, as pessoas presas em flagrante eram conduzidas para lá e, após as formalidades de cadastro no sistema carcerário, eram reencaminhadas para outras unidades, de acordo com seu perfil.

No entanto, devido à escassez de vagas no sistema prisional como um todo, a CPDRVP abrigava presos provisórios e definitivos, tanto do sexo masculino quanto do feminino, além de compreender o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que funcionava como um anexo da cadeia.

Segundo o relatório do CNJ (2013), é a unidade que apresentava cenário mais grave e preocupante, devido à elevada concentração de internos e alto risco de proliferação de doenças, por conta das deterioradas instalações do prédio.

Com capacidade para 250 (duzentos e cinquenta) internos, a ala masculina abrigava 1.089 (mil e oitenta e nove) presos, sendo 7 (sete) condenados e 1.082 (mil e oitenta e dois) provisórios. Entre os presos condenados, 5 (cinco) se encontravam recolhidos na CPDRVP por questão de segurança, e 2 (dois) estavam em regime semiaberto, desenvolvendo trabalho no interior da própria unidade.

A inspeção constatou um verdadeiro amontoado de homens em celas que não apresentavam dimensões para acomodação adequada dos seus ocupantes, tendo o relatório destacado a “deprimente estrutura, na qual predominavam infiltrações, péssimo odor, acúmulo de lixo e calor excessivo, que se estendiam pelos corredores. Tal situação, segundo relato dos presos, agrava-se diante da frequente falta d’água para beber e realizar higiene pessoal diária” (CNJ, 2013, p. 18).

A superlotação era tamanha que inviabilizava a distinção dos presos por idade, tampouco havendo separação entre presos provisórios e condenados, nem entre primários e reincidentes, em flagrante violação à Lei de Execuções Penais.

Apesar do elevado número de presos, a unidade só oferecia 18 (dezoito) vagas para realização de trabalho interno, das quais apenas 12 (doze) estavam ocupadas. O espaço programado como sala de aula era aproveitado como cela, em razão da falta de espaço físico para abrigar a todos os presos. As visitas íntimas, por sua vez, eram realizadas no interior das celas.

A inspeção constatou, ainda, que o Governo do Estado fornecia apenas alimentação aos presos, ficando a cargo de seus familiares a prestação de assistência material, como produtos de higiene, colchão, rede, lençol e toalha. Devido a isso, alguns presos desamparados pela própria família precisavam dormir em contato direto com o chão sujo e úmido.

Ao final da inspeção, diante da situação calamitosa da CPDRVP, recomendou-se veementemente a sua desativação, tal qual já havia sido feito no Mutirão Carcerário realizado no ano de 2010, porém sua efetiva desativação somente veio a acontecer no mês de outubro de 2016.

#### *2.2.3.2. Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT)*

Localizado em Manaus, no Km 08 da BR-174, o Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT), inaugurado em 2006, destinava-se originalmente apenas à custódia de presos provisórios. No entanto, devido à escassez generalizada de vagas no sistema prisional do Estado, a unidade abrigava 98 (noventa e oito) presos condenados e 248 (duzentos e quarenta e oito) presos provisórios à época da inspeção do CNJ em 2013, todos do sexo masculino, totalizando 348 (trezentos e quarenta e oito) internos, apesar de possuir 480 (quatrocentas e oitenta) vagas.

A referida unidade atua em regime de cogestão, o qual se caracteriza pela administração conjunta entre o Estado e uma empresa terceirizada - à época, a empresa Auxílio Agenciamento de Recursos Humanos e Serviços Ltda., posteriormente convertida na empresa Umanizzare Gestão Prisional e Serviços Ltda. -, responsável pela contratação de agentes penitenciários e oferecimento dos serviços de alimentação, atendimento médico-odontológico, assistência jurídica etc.

A unidade contava com a prestação de serviço de 1 (um) enfermeiro e 1 (um) técnico de enfermagem, durante 24h por dia; de 1 (um) médico, duas vezes por semana; de 2 (dois) psicólogos, com 2 (dois) estagiários, e de 3 (três) assistentes sociais, com 2 (dois) estagiários, diariamente, em revezamento, além de 5 (cinco) advogados contratados pela empresa Auxílio,

durante 20h semanais, permanecendo 2 (dois) na própria unidade e 3 (três) no Fórum.

De acordo com o relatório do CNJ, apesar de apresentar condições satisfatórias em termos estruturais, haja vista tratar-se de unidade prisional relativamente nova, foram detectados alguns problemas, tais quais a ausência de espaço para banho nas celas e existência de vaso sanitário instalado quase no centro delas, causando constrangimento para os presos em razão da falta de privacidade.

Constatou-se, ainda, que a empresa terceirizada remunerava apenas 4 (quatro) presos para prestação de serviço interno, número bastante ínfimo considerando o número da população carcerária e a existência de tarefas diárias na cozinha, lavanderia, limpeza em geral etc.

Ademais, apesar de a unidade dispor de 120 (cento e vinte) vagas para estudo, nos ensinos fundamental e médio, não havia presos estudando à época da inspeção em virtude da paralisação das aulas após uma rebelião. Foi observada, ainda, a insatisfatória prestação de assistência material, com atraso no fornecimento de *kit* de higiene, colchão, toalha, lençol e remédios básicos.

Tal qual se observou na CPDRVP, não havia distinção dos presos por idade, tampouco havendo separação entre presos provisórios e condenados, nem entre primários e reincidentes, em flagrante violação à Lei de Execuções Penais.

#### *2.2.3.3. Centro de Detenção Provisória (CDP)*

O Centro de Detenção Provisória (CDP), também localizado no Km 08 da BR-174 e inaugurado em 2011, possui capacidade para abrigar 568 (quinhentos e sessenta e oito) presos provisórios; entretanto, à época da inspeção do CNJ, custodiava 1.041 (mil e quarenta e um) internos, sendo 25 (vinte e cinco) condenados e 1.016 (mil e dezesseis) provisórios.

Administrada no sistema de cogestão, a unidade contava com a prestação de serviço de 2 (dois) enfermeiros, 2 (dois) técnicos de enfermagem, 1 (um) médico, 1 (um) psicólogo e 3 (três) assistentes sociais, com apoio de 3 estagiários, e 3 (três) advogados, todos prestados por intermédio da empresa terceirizada Auxílio.

Eram oferecidas apenas 6 (seis) vagas para trabalho interno, das quais apenas 3 (três) estavam ocupadas para realização de serviços gerais. Já para estudo, eram oferecidas apenas 45 (quarenta e cinco) vagas, nos ensinos fundamental e médio, com aulas ministradas em 3 (três) salas.

Apesar das boas condições estruturais em termos gerais, observou-se a existência de

improvisos na rede elétrica no interior das celas, o reduzido espaço para circulação dos ocupantes e a ausência de local para acomodação dos objetos pessoais.

Tal qual se observou na CPDRVP e no IPAT, não havia distinção dos presos por idade, tampouco havendo separação entre presos provisórios e condenados, nem entre primários e reincidentes, em flagrante violação à Lei de Execuções Penais.

#### *2.2.3.4. Unidade Prisional do Puraquequara (UPP)*

A Unidade Prisional do Puraquequara (UPP), localizada em Manaus no bairro do Puraquequara, foi inaugurada no ano de 2002 com a função de abrigar os presos provisórios reincidentes. Porém, a exemplo das demais unidades, o excesso de contingente prisional fez com que a UPP passasse a abrigar presos provisórios e definitivos, reincidentes ou não.

O mutirão carcerário do CNJ realizado em 2013 não inspecionou esta unidade, a qual também atua em regime de cogestão com a empresa Auxílio (hoje Umanizzare), não havendo dados disponíveis do referido período.

No entanto, em abril de 2017 foi produzido relatório final das atividades do programa “Defensoria Pública Sem Fronteiras”, formado a partir de termo de cooperação firmado entre o Ministério da Justiça e Cidadania (MJ), Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) e a Defensoria Pública da União (DPU), com apoio da Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) e Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef), que teve como objetivo o atendimento emergencial dos internos das unidades prisionais do Estado do Amazonas para a adoção das medidas judiciais e administrativas cabíveis para a garantia de seus direitos após o massacre ocorrido em janeiro de 2017, tendo a UPP sido inspecionada pela referida força-tarefa.

O relatório ressalta que, embora tenha capacidade para 614 (seiscentos e catorze) presos, a UPP abriga 1.287 (mil, duzentos e oitenta e sete) internos, o que representa um índice de superlotação de 109%.

Constatou-se que a unidade padece de condições precárias dos corredores, celas, áreas de convivência, caixa de energia elétrica e banheiros, sofrendo ainda com a falta de abastecimento regular de água na unidade, cujo serviço é interrompido de 00h às 05h, falta de disponibilização de atividades laborais e educativas para os internos, bem como a ausência de espaço específico para as visitas íntimas.



#### *2.2.4. Causas do uso excessivo da prisão provisória*

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre a aplicação das medidas e penas alternativas em âmbito nacional chegou à conclusão de que mais de 80% das pessoas presas em flagrante têm a confirmação da prisão pelo juiz e permanecem presas até o final do processo:

É importante notar que 54% dos processos com denúncias aceitas corriam contra réu preso. Verifica-se, além disso, que houve prisão em flagrante em 86,9% dos processos que correram com réu preso. Ou seja, são raros os casos em que houve prisão na fase judicial. Observa, também que 73,3% dos presos em flagrante tiveram a prisão provisória mantida. Portanto, também são poucos os casos de relaxamento da prisão provisória, o que significa, então, que, na maioria das situações em que o réu foi preso em flagrante, o MP oferece a denúncia, e esta acaba sendo aceita pelo juiz, mantendo-se a prisão provisória do indivíduo. [...] Em resumo, a prisão provisória é a regra e não a exceção no sistema de justiça brasileiro. Mais da metade dos processos com denúncia aceita transcorre com presos provisórios (54,6%), sendo que a grande maioria dessas prisões (86,9%) aconteceu na fase policial com o flagrante [...] (BRASIL, 2015, p. 34)

De acordo com o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o uso da prisão preventiva nas Américas (2013a), o uso excessivo da prisão processual é um problema complexo produzido por causas de distintas naturezas, algumas das quais buscaremos comentar brevemente a seguir.

##### *2.2.4.1. Desenho legal das políticas criminais*

A primeira delas diz respeito ao desenho legal das políticas criminais adotadas pelo Brasil nos últimos anos, as quais propuseram o aumento dos níveis de encarceramento como solução aos problemas de segurança cidadã, a partir de uma série de reformas legais que resultaram no maior uso das prisões cautelares, dentre as quais estão legislações que propõem o aumento de penas, a impossibilidade de progressão de regime e de concessão de graça, anistia ou indulto, criação de tipos penais punidos com reclusão, dentre outras.

Um exemplo disso foi a vedação expressa à concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas no art. 44 da Lei nº 11.343/06, dispositivo que foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 104.339 em 10/05/12, em razão de violar a presunção de inocência e o devido processo legal, dentre outros princípios constitucionais, ao impor indevida antecipação de pena.

O curioso é que a Lei nº 11.343/06, também conhecida como Lei de Drogas, foi

editada com a suposta finalidade de inaugurar a política de redução de danos no Brasil no tocante à questão das drogas, mas acabou por agravar o tratamento penal conferido aos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes e vem contribuindo sobremaneira com o aumento da população prisional, haja vista que tais delitos respondem por 28% do total da população de pessoas privadas de liberdade (DEPEN, 2017b).

#### 2.2.4.2. Deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça

As deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça também fomentam o uso abusivo das prisões cautelares, contribuindo para um quadro que tende a se agravar. Uma delas é o atraso na tramitação dos processos penais, causado pelo grande volume de novas ações que ingressam diariamente, mas principalmente pela ineficiência na gestão das varas criminais, cujos servidores carecem de capacitação adequada.

Além disso, a falta de capacidade operativa, independência e recursos das Defensorias Públicas agrava as deficiências no acesso aos serviços de assistência jurídica gratuita pelas pessoas privadas de liberdade, as quais tendem a permanecer mais tempo presas devido à ausência ou insuficiência de assessoria legal adequada.

#### 2.2.4.3. Ameaças à independência judicial

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também identifica certas ameaças à independência judicial como causas da utilização abusiva das prisões processuais (2013a), caracterizadas por pressões ou ingerências provenientes fundamentalmente de três setores: a) altos funcionários de outros poderes ou órgãos do Estado, que ante o clamor social ou por motivações diversas mantêm um forte discurso punitivo, por vezes acompanhado de medidas de pressão concretas direcionadas aos operadores da justiça; b) as cúpulas do Poder Judiciário, que muitas vezes fazem eco da mensagem transmitida pelos centros do poder político; e c) os meios de comunicação e a opinião pública.

Essas pressões são produzidas num contexto em que vigora uma *tendência social a vincular a condição de processado com a de preso*, segundo a qual em muitos casos basta que a polícia aponte alguém como culpado para que seja tido como tal e em consequência se exija a sua detenção, sendo a própria insegurança cidadã (mais a percebida que a real) um fator que contribui para que esta visão se consolide. Ademais, a falta de políticas institucionais que protejam a independência judicial e respaldem os operadores de justiça, somada a uma cultura

jurídica em que os direitos humanos e a presunção de inocência são frequentemente relativizados, convergem para compor esse quadro (CIDH, 2013a).

Dentre os costumes enraizados na cultura e prática judicial, está a “tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas” (UNODC *apud* CIDH, 2013b, p. 02), muitas vezes devido ao temor de serem reprovados pela opinião pública e tachados de “defensores de bandidos”.

Esse conjunto de fatores, somados a outros tantos, são os responsáveis por transformarem a prisão processual na regra, quando deveria ser a exceção. No entanto, a atividade judicante parece exercer papel central no superencarceramento, razão pela qual é preciso compreender como se formou o campo jurídico brasileiro para, a partir daí, analisarmos a cultura jurídica vigente e a forma como ela se materializa nas decisões judiciais.

Assim, no capítulo seguinte, estudaremos como ocorreu a introdução do Direito europeu no país desde o período colonial até a criação de uma cultura jurídica nacional e seu desenvolvimento histórico ao longo dos anos, relacionando-a com o contexto sociocultural vigente.

## Capítulo 3. Cultura jurídica e composição sociocultural da magistratura brasileira

### 3.1. Direito, cultura jurídica e magistratura no Brasil

O Direito, tal qual as demais instituições sociais, é um produto das relações sociais engendradas num determinado contexto histórico e cultural, sendo “reflexo de uma estrutura pulverizada não só por certo modo de produção da riqueza e por relações de forças societárias, mas, sobretudo, por suas representações ideológicas, práticas discursivas hegemônicas, manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais” (WOLKMER, 1996, p. 07). Assim, “as instituições jurídicas têm reproduzido, ideologicamente, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas que revelam a retórica normativa, o senso comum legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais” (WOLKMER, 2003, p. 01).

Nesse sentido, a *cultura jurídica* pode ser definida como o conjunto de representações padronizadas da (i)legalidade na produção das ideias, no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social (WOLKMER, 2003).

O Direito brasileiro, como se verá adiante, reflete uma tradição legal profundamente comprometida com uma formação social elitista, conservadora e formalista, fruto da transposição e da adequação do Direito escrito europeu para a estrutura colonial brasileira, resultando na imposição de uma cultura jurídica que reproduz a convivência aparentemente contraditória de práticas patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista.

Segundo Weber (2004), o *patrimonialismo* é uma espécie de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado, caracterizada pelo exercício de poder por parte do líder político a partir da utilização da estrutura estatal como uma extensão de seu ambiente doméstico, de modo que os recursos econômicos e militares sob seu domínio são instrumentalizados como se fizessem parte de seu patrimônio a fim de satisfazer suas necessidades privadas.

No Brasil, é possível reconhecer práticas patrimonialistas desde os primórdios da colonização portuguesa, período em que a autoridade local era exercida de forma personalista e tradicional pelos grandes latifundiários, inclusive no que dizia respeito ao exercício do poder de polícia, e subsistem ainda hoje na forma de nepotismo, conchavos e paternalismo político.

O exemplo histórico mais emblemático foi, talvez, o fenômeno do *coronelismo*, que se deu durante a República Velha, período em que donos de grandes propriedades de terra, conhecidos como “coronéis”, eram eleitos a cargos públicos utilizando-se do chamado “voto de cabresto”, que consistia na manipulação do resultado das eleições através da compra de votos; uma vez no poder, os coronéis transformavam seu domínio político em uma extensão de suas propriedades privadas, perpetuando-se no poder político por meio do abuso do poder econômico.

Concomitantemente a tais práticas patrimonialistas, adotou-se desde o início da colonização do Brasil um Direito legalista importado da tradição jurídica europeia que em nada correspondia à realidade social e às necessidades nacionais, mas que servia aos interesses das elites que surgiam no país e da própria Coroa portuguesa, cuja intenção era manter o controle da colônia. Após o Iluminismo e com o advento das chamadas Revoluções Burguesas, em particular a Revolução Francesa, o Direito assumiu ares de crítica ao absolutismo estatal e passou a defender a existência de direitos individuais inerentes a todo ser humano, retórica que, no Brasil, serviu para ocultar as graves desigualdades sociais e para proteger os interesses das classes dominantes, colaborando para a formação de uma cultura política – e jurídica – elitista e conservadora que persiste até hoje.

Segundo Adorno (1988),

[...] o contato dos bacharéis com o ideário liberal [...] condicionou-lhes a ver as relações sociais como relações contratuais entre partes juridicamente iguais, porém individualizadas, dotadas de autonomia da vontade e integradas por vínculos de coordenação. Em outras palavras, um intelectual disciplinado para privatizar conflitos sociais e que, nessa condição, aprendeu a colocar o indivíduo e sua liberdade como motor coordenador da luta política, relegando a um plano secundário a autonomia da ação coletiva, questão central na ideia de democracia. Enfim, um intelectual preparado para, enquanto futuro profissional da atividade política, perpetuar a cisão entre liberalismo e democracia. (ADORNO, 1988, p. 27)

Dessa forma, dada sua importância para a compreensão da cultura jurídica brasileira, apresentaremos os antecedentes históricos que contribuíram para a formação da cultura jurídica da Modernidade na Europa Ocidental a partir do século XVII, para então analisarmos mais detidamente seus reflexos no Brasil.

### ***3.1.1. Antecedentes históricos da cultura jurídica moderna***

A nova visão de mundo que emergiu com a Modernidade foi fundada na racionalização filosófica e produtiva do Iluminismo, expressando valores, crenças e interesses

próprios de camadas sociais emergentes – a chamada burguesia – em luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário. Fatores como o Renascimento, a reforma protestante, o processo de secularização, as transformações econômico-mercantis e o progresso científico favoreceram o advento de uma cultura liberal-individualista, cujos princípios norteadores consolidam-se com a ascensão do capitalismo e com a organização social da burguesia (WOLKMER, 2003).

A historiografia jurídica da Modernidade, constituída em grande parte por princípios e valores liberais da burguesia da época, tinha como objetivo desvalorizar a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça, ressaltando assim a luta da burguesia contra essa ordem ilegítima (Ancien Régime) e a favor da construção de um Direito e de uma sociedade “naturais” e harmônicos, isto é, libertos da arbitrariedade e historicidade anteriores (HESPANHA, 1978).

Nesse contexto, o liberal-individualismo revelou-se adequado às necessidades de um novo mundo, bem como à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que nascia. O *individualismo*, como expressão da moralidade social burguesa, enaltece o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais, fazendo do ser individual um “valor absoluto”. Nessa dinâmica histórica, a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais (WOLKMER, 2003).

Assim, o Direito Moderno se assentou em abstrações que ocultavam as condições sociais concretas, tendo a pretensão de ser “um Direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta os condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal” (DE LA TORRE RANGEL, 1984, p. 40-41).

Essa concepção de legalidade iniciou-se em fins da Idade Média com o crescimento e a influência dos mercadores que, gradativamente, passaram a lutar contra a velha estrutura feudal, inicialmente com o fim de sobreviver no contexto do feudalismo e, posteriormente, para converter-se na classe hegemônica, e encontrou respaldo em juristas identificados com os interesses dos estratos burgueses, os quais desempenharam uma função significativa de recuperar antigas normas jurídicas romanas adaptando-as às necessidades dos mercadores, com especial ênfase em uma reinterpretação do Direito de Propriedade e do Direito Contratual (DE LA TORRE RANGEL, 1984).

No processo de constituição do liberalismo jurídico individualista, a escola do Direito Natural clássico consagrou, concomitantemente com a existência do Direito Privado, a criação de um Direito Público capaz de tornar “reais os direitos naturais do homem e garantir as

liberdades da pessoa humana” (DE LA TORRE RANGEL, 1984, p. 43). Para isso, o Direito Moderno montou uma estrutura técnico-formal constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal.

O *princípio da generalidade* implica a regra jurídica como preceito de ordem abrangente, obrigando a um número de pessoas que estejam em igual situação jurídica. A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas. Por outro lado, a norma de Direito é abstrata (*princípio da abstratividade*) porque objetiva alcançar maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, pois o legislador não pode produzir leis e códigos completos acabados, não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social. Por sua vez, a *coercibilidade* é a possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. Trata-se do estado permanente da força ou coação, acionado pelo aparato estatal para constringer ou induzir à obediência de condutas a serviço das instituições em geral. Por último, o *princípio da impessoalidade* refere-se à situação de “neutralidade” diante da particularidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de estender-se a uma quantidade indefinida de pessoas, de modo aleatório e não particularizado. (WOLKMER, 2003, p. 26)

No entanto, tais princípios do modelo liberal-individualista têm “um significado ideológico, o de ocultar a desigualdade real dos agentes econômicos, para desse modo se conseguir a aparência de uma igualdade formal, a igualdade perante a lei” (FIGUEIRA, 1989, p. 50).

Isso se revela de maneira clara em dois dos principais institutos do Direito liberal-individualista, quais sejam o *direito de propriedade* e os *contratos*.

Enquanto na estrutura econômica feudal a propriedade fundiária assume um caráter fragmentário (instrumento de servilismo), porquanto a mesma porção de terra divide-se entre vários proprietários, subordinados uns aos outros (contraprestação), na ordem socioeconômica capitalista o regime adquire um aspecto unitário e exclusivo, principalmente nas legislações de matriz burguesa, como o Código Civil Francês. Ao romper com o sistema de exploração e privilégios feudais dando destaque à propriedade privada, expressão do domínio absoluto e inviolável, a legislação napoleônica traduziu os interesses individualistas e os avanços revolucionários dos segmentos sociais que passaram a exercer hegemonia, agora livre de encargos que até então oneravam a utilização do solo (GOMES, 1955, p. 116-118 e 146-147).

O contrato é outro símbolo máximo do poder da vontade individual numa estrutura socioeconômica capitalista. O exacerbado individualismo da livre contratação e da autonomia da vontade funciona através do chamado negócio jurídico, um “instrumento de autorregulamentação dos interesses dos particulares”, que não deixa de ocultar a desigualdade real (FIGUEIRA, 1989, p. 72-73).

A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de um novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando as relações socioeconômicas. Esse pacto formulado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal, realidade específica dos proprietários burgueses. Dessa forma, o individualismo jurídico, que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, consagrou o contrato como instrumento insubstituível das relações humanas, proclamando, entre os sujeitos iguais e autônomos, a soberania da liberdade de contratar. Porém, os excessos do liberalismo contratualista não deixam de ser imperativos das novas conveniências políticas e das necessidades materiais da vida social burguesa (GOMES, 1955).

Não sem razão, assinala Orlando Gomes (1955) que a apregoada liberdade contratual, enquanto pilar jurídico do sistema capitalista, tem sido uma

(...) fonte das mais clamorosas injustiças. Em suas malhas se esconde a opressão real com que, veladamente, a classe dominante abroquela seus interesses materiais. Realmente, a liberdade de contratar é liberdade para o que possui esse poder; para aquele contra quem se insurge é, ao contrário, impotência. Não tem liberdade, não pode tê-la, quem possui como bem único a sua força-trabalho. Nesse fundamento do Direito Civil burguês manifesta-se, também, e sem subterfúgios, o conteúdo de classe que o domina. (GOMES, 1955, p. 88)

O pensamento fundante do Direito Moderno baseou-se nas concepções jusfilosóficas propostas pela doutrina idealista do Direito Natural, a qual compreende uma grande variedade de teorias e escolas que antecederam a ascensão da burguesia e o surgimento do modelo capitalista de produção, e cujas origens remontam à Antiguidade clássica ocidental. O ponto comum dessas concepções, também chamadas de *jusnaturalismo*, é a admissão de “um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)” (BOBBIO, 1992, p. 655), é dizer, de uma ordem jurídica *a priori*, superior e ideal, a qual traduz a crença na existência de um preceito superior oriundo da vontade divina, da ordem natural das coisas, ou mesmo da razão do homem.

A doutrina clássica do jusnaturalismo individualista, produto do racionalismo jurídico do século XVIII, refletiu as condições sociais e econômicas da burguesia capitalista ascendente. A função ideológica do jusnaturalismo enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal nada mais fez do que ocultar a sua real finalidade – viabilizar a transição para outra forma de dominação política, social e econômica, sem revelar os verdadeiros atores beneficiados. Os princípios enunciados por esse modelo jusnaturalista, no entanto, mostraram-se enganosos, ao se apoiarem numa retórica formalista da igualdade, da



liberdade e da fraternidade de todos os cidadãos.

A partir do século XIX, o processo desencadeado pela Revolução Industrial e suas consequências na modernidade técnico-científica, bem como os vastos desenvolvimentos de codificação e consolidação sociopolítica da burguesia, acabaram propiciando a expressão máxima do racionalismo formal moderno - o *positivismo*.

A concepção positivista diferencia-se da doutrina do Direito Natural, na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão apriorística. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em favor de uma pretensa neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista, de modo que o Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta, fundamentando-se toda a sua validade e imputação na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada (WOLKMER, 1995).

A universalidade do positivismo jurídico, que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista com pretensões de “ciência”, tornou-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada no progresso industrial, técnico e científico. Esse formalismo legal esconde as origens sociais e econômicas da estrutura capitalista de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando, através das regras de controle, a cultura liberal-individualista dominante (WOLKMER, 1994).

Dessa forma, a crítica burguesa empregada contra o antigo Direito e as organizações políticas feudais gerou efeitos e foi eficaz num primeiro momento histórico, mas acabou perdendo significado com a edificação da ordem e da hegemonia liberal-individualista. Com a ascensão da burguesia e a consolidação do modo capitalista de produção, alguns juristas-historiadores se inclinaram em direção a uma narrativa “conservadora e dogmática, que visava a ‘justificação’ da ordem social e jurídica vigente, tentando provar que ela mergulhava na ‘tradição’, no ‘espírito nacional’, ou que resultava num paulatino progresso do ‘espírito humano’” (HESPANHA, 1982, p. 33). Assim, a missão da historiografia tornou-se mecanismo de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista.

Isso resultou numa produção historiográfica tradicionalmente estéril e acrítica do Direito brasileiro, o que permitiu a consolidação de uma cultura jurídica formalista, conservadora, dogmática e elitista, a qual permanece sendo reproduzida nas faculdades de Direito por todo o país, sendo responsável pela formação dos “operadores do direito” que atuam nas mais diversas posições do campo jurídico brasileiro, dentre eles os magistrados, que constituem nosso objeto de pesquisa.

Por esta razão, discutiremos criticamente a evolução da cultura jurídica brasileira a

seguir, desde a implantação do Direito importado da Metrópole lusitana no período colonial, passando pela codificação do sistema jurídico nacional sob influência das legislações europeias no período imperial, até a consolidação da tradição positivista e liberal-conservadora do Direito brasileiro no período republicano.

### ***3.1.2. Cultura jurídica no Brasil colonial***

À medida que os Estados nacionais se consolidavam na Europa Ocidental com o declínio da Idade Média, o feudalismo começou a perder força e o mercantilismo se tornou uma alternativa viável para o desenvolvimento comercial dos países europeus, modelo que se baseava nas trocas comerciais de especiarias, metais nobres e outros gêneros importados de territórios fora da Europa, em particular da Ásia.

Assim, em busca de novas rotas comerciais que permitissem a comercialização de mais produtos em menor tempo, diversos países europeus passaram a promover as chamadas grandes navegações, dentre eles Portugal, que contava com uma das mais avançadas frotas da Europa, o que também possibilitava a expansão territorial e da mão-de-obra a partir da colonização de terras inexploradas e da submissão dos nativos à escravidão.

Dessa forma, enquanto o regime feudal se caracterizava pela exploração da mão-de-obra dos servos – os quais estavam vinculados à terra pelo trabalho e não tinham direito de salário ou benefícios, uma vez que trabalhavam em troca de moradia e apenas recebiam os suprimentos necessários para se alimentarem e sobreviverem –, o mercantilismo retomou o regime escravocrata antes praticado na Antiguidade, submetendo as populações dos territórios colonizados pela expansão mercantilista à exploração de sua força de trabalho, tornando-a mercadoria, haja vista que os escravos podiam ser vendidos pelos seus proprietários, diferentemente dos servos.

Foi nesse contexto que, em 1500, os portugueses chegaram ao território brasileiro e, ao observarem o grande potencial de exploração comercial, iniciaram um processo de colonização predatória, a partir do qual tudo que era produzido no Brasil era apropriado e revendido com lucro pela Metrópole no mercado europeu, sendo a Colônia obrigada a adquirir, em contrapartida, tudo o que a Metrópole tivesse condições de vender em regime de monopólio a fim de impedir a concorrência de outras nações europeias, sistema que caracterizou o modo de produção da época.

A formação social do período colonial foi marcada pela polarização entre os cidadãos portugueses donatários de imensos latifúndios, os quais eram incentivados a colonizar o Brasil

com o fim de manter o domínio da Metrópole, em especial após a divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias, em oposição à grande massa de mão-de-obra escrava, composta principalmente por negros africanos trazidos para serem vendidos no Brasil como mercadoria, haja vista o fracasso dos portugueses na tentativa de escravizar as populações tradicionais, as quais se opunham frontalmente à colonização portuguesa, o que resultou na redução drástica da população nativa e na extinção de diversas etnias indígenas.

A estrutura política do Brasil colonial, por seu turno, se caracterizou pela incorporação do aparato burocrático lusitano e pela centralização do poder na Metrópole, através da indicação de governadores-gerais e da imposição de uma administração legalista, ao mesmo tempo em que o poder local era pulverizado nas mãos da elite agrária, aliança que permitiu a construção de um Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os interesses dos grandes latifundiários e dos detentores dos meios de produção, instaurando-se assim a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico (WOLKMER, 2003).

A ideologia que marcou o período colonial no Brasil reproduziu a filosofia da Contrarreforma propagada em Portugal, que defendia a subserviência espiritual aos ditames da Igreja Católica e o desprezo pelas práticas mercantis lucrativas, em oposição aos ideais propostos pela Reforma Protestante, a qual propugnava que o sucesso e a riqueza eram fruto do esforço pessoal através do trabalho.

Assim, enquanto nos países de maior desenvolvimento capitalista, onde predominavam as ideias protestantes, nenhuma medida repressiva foi tomada a fim de conter a revolução científica iniciada por Galileu e Copérnico, os países ibéricos se esforçaram por conter o avanço do protestantismo através da reafirmação da integridade da fé e dos dogmas da Igreja Católica, o que distanciou Portugal do ideário renascentista, da modernidade científica e filosófica, do espírito crítico e das novas práticas do progresso material advindas do capitalismo, fechando-se no dogma eclesiástico da fé e da revelação e no apego à tradição estabelecida na propagação de crenças religiosas pautadas na renúncia, no servilismo e na disciplina (MERCADANTE, 1978).

Essa mentalidade senhorial orientada para servir a Deus e ao Rei não ofereceu condições para o surgimento de uma classe burguesa enriquecida capaz de projetar-se politicamente contra o absolutismo, o que favoreceu a maior articulação do Estado, empurrando Portugal para uma posição secundária no rol do desenvolvimento econômico europeu. Nesse contexto, propagou-se no Brasil colonial uma cultura notadamente senhorial e escolástica, promovida principalmente pela Companhia de Jesus, responsável pela difusão do

catolicismo nas colônias portuguesas, a qual somente veio a ser influenciada pelo pensamento iluminista em fins do século XVIII com as reformas introduzidas pelo Marquês de Pombal.

No que diz respeito ao sistema legal adotado, o primeiro momento da colonização brasileira, compreendido entre os anos de 1520 a 1549, foi marcado por uma organização político-administrativa tipicamente feudal, caracterizada pelo regime das capitanias hereditárias, as quais foram substituídas posteriormente pelo sistema de governadores-gerais. Durante esse período, o Direito aplicado indistintamente no Brasil era aquele positivado na legislação portuguesa, consubstanciada nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional, porém, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal exigia a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia, as chamadas Leis Extravagantes.

No século XVIII, a partir das reformas inspiradas no Iluminismo promovidas pelo Marquês de Pombal, a grande mudança em matéria legislativa foi a “Lei da Boa Razão” (1769), que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis no caso de omissão, imprecisão ou lacuna, minimizando a autoridade do Direito Romano ao dar “preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas” (VALLADÃO, 1980, p. 76).

No entanto, essa legislação, na prática, favorecia apenas a Metrópole, uma vez que o governo português demonstrava pouco interesse em sua aplicação num espaço territorial tão amplo como o Brasil, priorizando a criação regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como para estabelecer um ordenamento penal rigoroso a fim de precaver-se de ameaças diretas à sua dominação, reforçando a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população (WOLKMER, 2003).

### ***3.1.3. Administração da justiça e magistratura no Brasil colonial***

Num contexto em que a estrutura administrativa assumia cunho neofeudal e patrimonialista, o modelo jurídico hegemônico no Brasil era essencialmente português e, via de consequência, alheio aos interesses da maior parte da população, existindo para proteger os interesses do governo real e para manter o poder dos fazendeiros proprietários de terras.

Nesse sentido, a subjugação da população era praticamente completa, pois, “[...] distribuída entre raros colonos livres e uma maioria de trabalhadores escravos, seus direitos estavam codificados no arbítrio dos donatários das capitanias, que enfeixavam em si a figura do único proprietário, do único responsável pelos castigos e pelas penas, chefe industrial e militar, distribuidor de sesmarias e de prêmios” (MENDES, 1992, p. 16).

Assim, ainda no regime das capitanias hereditárias, a administração da justiça ficava a cargo dos próprios donatários das terras doadas pela Coroa, cabendo-lhes dirimir os conflitos havidos entre os habitantes da capitania, o que lhes conferia ainda maior poder e prestígio.

Para isso, contavam com os *ouvidores*, cargo particular que representou a primeira autoridade da Justiça Colonial, os quais eram meros representantes judiciais subordinados aos donatários por um prazo renovável de três anos, e cuja competência abrangia ações cíveis e criminais.

Com o advento da reforma político-administrativa que deu origem à figura dos governadores-gerais, as antigas capitanias se transformaram numa espécie de províncias unificadas pela autoridade do mandatário representante da Metrópole, o que tornou mais fácil a imposição de um sistema de jurisdição centralizado e controlado pela Coroa.

Dessa forma, em 1549, com a implantação do primeiro governo-geral e o conseqüente alargamento das responsabilidades burocráticas e fiscais, os antigos ouvidores passaram a ser *ouvidores-gerais*, dotados de maiores poderes e mais independência em relação à administração política. O estabelecimento da função de ouvidor-geral no Brasil “refletiu não só o desejo da Coroa de melhorar a situação da justiça, mas também sua vontade de aumentar o controle real centralizado. O interesse da Coroa pela área cresceu a partir de 1550, e o ouvidor-geral, na qualidade de funcionário real de confiança, a cada passo assumiu novas funções e responsabilidades em nome do interesse real” (SCHWARTZ, 1979, p. 28).

O cargo de ouvidor-geral acabou transformando-se num dos mais importantes durante a segunda fase da colonização, ao lado dos cargos de governador-geral e o de provedor-mor da fazenda. Por resolver as questões de justiça e os conflitos de interesses, o ouvidor-geral detinha um poder quase sem limites, sujeito ao seu próprio arbítrio pessoal, haja vista que, na maioria das vezes, não cabia apelação nem agravo de suas decisões (MARTINS JÚNIOR, 1979, p. 114).

Com o crescimento das cidades e da população, os conflitos se tornaram mais frequentes na Colônia, fazendo-se necessário o alargamento do quadro de funcionários e de autoridades da justiça. A organização judiciária brasileira, que se limitava a reproduzir a estrutura portuguesa, contava com uma primeira instância, formada por juízes singulares que

eram distribuídos nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais, os quais, por sua vez, se desdobravam em juízes de vintena, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias etc. A segunda instância, por seu turno, era composta pelos chamados Tribunais de Relação, responsáveis por apreciar os recursos ou embargos, cujos membros designavam-se desembargadores, e suas decisões, acórdãos. Já a terceira e última instância, com sede na Metrópole, era representada pela Casa da Suplicação, uma espécie de tribunal de apelação (MARTINS JÚNIOR, 1979).

Com a criação e o funcionamento do Tribunal da Relação no Brasil, consolidou-se uma forma de administração da justiça não mais efetuada pelo ouvidor-geral, mas centrada na burocracia de funcionários civis treinados na Metrópole, composta por magistrados leais à Coroa, em busca de benefícios nas futuras promoções e recompensas.

Em geral, o exercício da atividade judicial era regido por uma série de normas que objetivavam coibir o envolvimento dos magistrados com a vida local, mantendo-os equidistantes e leais servidores da Coroa. Dentre algumas dessas regras estão a designação por apenas um período de tempo no mesmo lugar, as proibições de casar sem licença especial, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer o comércio em proveito pessoal. No entanto, embora tais regras fossem impostas em Portugal, eram corriqueiramente descumpridas tanto pelos magistrados portugueses que tinham interesse em permanecer no Brasil quanto pelos próprios magistrados brasileiros (SCHWARTZ, 1979).

O acesso à magistratura exigia que os candidatos preenchessem certos requisitos relacionados à origem social e a determinados padrões de eficiência, organização e profissionalismo impostos pela Coroa, embora não se descartasse a possibilidade de ingresso na carreira por meio de apadrinhamento ou corrupção.

A grande maioria dos juízes que vieram para o Tribunal da Relação da Bahia, entre 1609 e 1759, “eram de classe média, e sua presença no funcionalismo real refletia o uso que faziam da carreira de jurista como canal de ascensão social” (SCHWARTZ, 1979, p. 227). De todas as camadas sociais da sociedade portuguesa, a pequena nobreza (filhos de fidalgos) e o funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães) foram os que mais contribuíram, além de filhos e netos de letrados, para a composição de cargos profissionais na Justiça; em contrapartida, havia restrições aos descendentes de comerciantes ou negociantes, bem como aos cristãos novos e aos “impuros de sangue”, como os mestiços, mulatos, judeus, e outros.

Para ingressar na carreira, além da origem social, era condição indispensável ser graduado na Universidade de Coimbra, de preferência em Direito Civil ou Canônico, ter exercido a profissão por dois anos e ter sido selecionado através do exame de ingresso ao

serviço público (a “leitura de bacharéis”) promovido pelo Desembargo do Paço em Lisboa.

Sua atividade profissional começava como “juiz de fora”, prosseguindo como ouvidor de comarca e corregedor e, somente após uma boa experiência na administração judiciária, o magistrado era promovido a desembargador, podendo ser designado tanto para a Metrópole quanto para as colônias. Ainda que, em regra, os juízes fossem designados para o Brasil com a promessa de promoção para Portugal ao término de seis anos, muitos ligavam-se pessoalmente de tal forma à colônia, seja em razão da constituição de família ou pelo enriquecimento devido à aquisição de propriedades rurais, que acabavam adiando a volta por muitos anos ou mesmo recusando as promoções posteriores (SCHWARTZ, 1979).

Ao analisar o sistema de administração da justiça no período colonial, Stuart B. Schwartz (1979) revela a coexistência de duas formas complexas e opostas de organização sociopolítica, quais sejam: *a)* relações burocráticas calcadas em procedimentos racionais, formais e profissionais; e *b)* relações primárias pessoais baseadas em parentesco, amizade, apadrinhamento e suborno, fenômeno que chamou de “*abrasileiramento*” dos burocratas, ou seja, a inserção numa estrutura de padrões rigidamente formais de práticas firmadas em laços de parentesco, dinheiro e poder.

O “abrasileiramento” da magistratura significava, segundo o autor, a corrupção dos fins essencialmente burocráticos, porquanto os critérios de validade passavam a ser imputados a pessoas, à posição social e a interesses econômicos. Assim, os magistrados, em diversas ocasiões, empregavam o “poder e a influência do seu cargo para obter vantagens pessoais, conveniências ou para proteger suas famílias e dependentes. (...) Frequentemente o abuso do cargo se dava para a obtenção de vantagens pessoais diretas” (SCHWARTZ, 1979, p. 264-267), o que implicava favorecimento e suborno capazes de subverter a própria justiça.

O comportamento profissional de setores da magistratura era constantemente afetado por uma variedade de relações primárias que iam desde o casamento – forma de incorporação na sociedade local e de aquisição de riqueza e propriedades –, até os laços de amizade e de compadrio (padrinho de batismo ou de casamento), situações que oportunizavam o acesso a dinheiro, prestígio e posse de terras de tradicionais famílias ligadas à criação de gado e ao plantio da cana-de-açúcar.

Não era incomum que eventuais irregularidades e desvios dos magistrados fossem acobertados pelo controle fiscalizador da Coroa, na medida em que tais distorções eram compensadas, em parte, pelas funções políticas que eles desempenhavam. Após o governo do Brasil sair das mãos dos donatários das capitanias e passar a ser diretamente controlado pela Coroa, os funcionários judiciais assumiram importantes funções políticas e administrativas,

inclusive o exercício das atividades institucionais do Ministério Público e de outras atividades burocráticas que os tornavam de fato membros do governo colonial (SCHWARTZ, 1979).

Dessa forma, a Coroa favoreceu o surgimento de uma elite de funcionários que ocupavam uma posição estratégica no processo de dominação política, exploração econômica e controle institucional, cuja dinâmica refletia as contradições entre procedimentos formais inerentes ao aparato burocrático português e práticas patrimonialistas próprias da estrutura dependente e subserviente da colônia, fazendo com que a administração da justiça se tornasse instrumento de dominação colonial em favor do poder real.

Além das formas convencionais de administração da justiça, produzidas e mantidas pelo Estado no período da colonização, coube também à Igreja Católica influência determinante na presença da justiça eclesiástica no Brasil, a qual teve atuação marcante na Colônia com as chamadas Visitações do Santo Ofício promovidas pela Inquisição, cujo Tribunal serviu-se da religião para fundamentar, arbitrariamente, um “sistema político de dominação e onde não havia lugar para os judeus, cristãos-novos, muçulmanos, negros, mulatos, ciganos, heterodoxos ou contestadores de qualquer espécie. Através de seu sistema de ameaças, [...] de perseguição, [...] de tortura, a Inquisição garantiu a continuidade da estrutura social do antigo regime, e a religião preencheu sua função político-ideológica” (NOVINSKY, 1983, p. 90).

#### ***3.1.4. Liberalismo e cultura jurídica no Brasil imperial: o bacharelismo liberal***

Ao longo do século XVIII, a crescente insatisfação da burguesia europeia com o absolutismo monárquico vigente deu origem ao *liberalismo*, doutrina caracterizada, em linhas gerais, pela afirmação de valores e direitos individuais básicos que englobavam aspectos ético-filosóficos (liberdade, igualdade, tolerância, dignidade), econômicos (defesa da propriedade privada e da economia de mercado por meio da ausência ou minimização do controle estatal), políticos (representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular) e jurídicos (supremacia constitucional e Estado de Direito).

Assim, o liberalismo inspirou as chamadas Revoluções Burguesas, as quais resultaram na ascensão da burguesia contra o absolutismo e os privilégios da nobreza, permitindo o surgimento de novas condições materiais de produção da riqueza e diferentes relações sociais pautadas pelas necessidades do mercado.

No Brasil, o liberalismo foi importado e adaptado para servir de suporte aos interesses das oligarquias agrárias, que passaram a defender a necessidade de reordenação do poder



nacional por meio da emancipação do Brasil em relação a Portugal, o que resultou na perpetuação da dominação das elites através de um discurso formalmente liberal cujo conteúdo era essencialmente oligárquico e conservador. Exemplo claro disso foi a manutenção da escravidão durante vários anos mesmo após a declaração da independência do Brasil.<sup>9</sup>

Assim, com a independência do país, o liberalismo passou a representar os ideais de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a escravidão como fonte de propriedade e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder, tornando-se componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional.

[...] De fato, as reivindicações nascidas no bojo dos movimentos emancipatórios revestiram-se de significado próprio consoante suas origens repousassem nas elites proprietárias rurais ou nos grupos urbanos pauperizados. Assim, para as elites proprietárias rurais a agenda liberal significou progresso, liberdade, modernização e civilização, não obstante implicasse paradoxalmente a proposição de um projeto político de âmbito nacional que mantinha a propriedade escrava, não tinha pretensões democratizantes, não revelava intenção de transformar o país numa república e sequer se baseava na premissa da igualdade jurídica, política e social. Para os grupos urbanos pauperizados, ao contrário, a liberdade e igualdade significaram “o fim da miséria, das diferenças de cor, de privilégio, de fortuna e de ocupação de cargos preferenciais”. (ADORNO, 1988, p. 34)

Ao longo do século XIX, prevaleceu no país um liberalismo formal e conservador, cuja retórica de liberdade e defesa de direitos fundamentais servia apenas para sustentar os privilégios de uma pequena elite econômica que desejava manter sua posição de dominação, expondo uma flagrante contradição entre a propensão à democracia liberal e o exercício autoritário e aristocrático do poder.

Como consequência, em 1824, após a dissolução da Assembleia Constituinte, foi outorgada pelo Imperador – e não promulgada, o que revela seu caráter antidemocrático – a primeira Carta constitucional brasileira, a qual instituiu uma monarquia parlamentar, sendo marcada pelo individualismo econômico e por acentuado centralismo político. Nela, ficou selado o “compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados” mediante a instituição de “fórmulas políticas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício do poder, relegando-se para um segundo plano preocupações em democratizar a sociedade brasileira” (ADORNO, 1988, p. 61).

---

<sup>9</sup> Enquanto o Brasil tornou-se independente em 1822, o fim da escravidão somente foi oficializado com a promulgação da Lei Áurea em 1888.

A influência desse liberalismo conservador no Direito nacional deu origem a uma cultura jurídica eminentemente formalista, retórica e ornamental, a qual, aliada ao individualismo político, moldou o chamado *bacharelismo liberal*, movimento de profissionalização da política e de progressiva burocratização do aparato governamental liderado por bacharéis egressos das primeiras Academias de Direito do país.

A instalação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Olinda (transferido para Recife em 1854), refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonial que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo ideologicamente a estrutura de poder e construindo uma nova estrutura burocrático-administrativa, a qual assumiria a responsabilidade de gerenciar o país. Assim, os cursos jurídicos surgiram concomitantemente com o processo de independência e a construção do Estado nacional, destinando-se muito mais a responder aos interesses do Estado do que às expectativas judiciais da sociedade. Nesse contexto, “o Estado brasileiro erigiu-se como um Estado de magistrados, dominado por juízes, secundados por parlamentares e funcionários de formação profissional jurídica” (ADORNO, 1988, p. 78).

Conforme esclarece Falcão (1984), os cursos jurídicos foram destinados a assumir duas funções específicas: primeiro, ser polo de sistematização e irradiação do liberalismo enquanto nova ideologia político-jurídica capaz de defender e integrar a sociedade; e segundo, dar efetivação institucional ao liberalismo no contexto formador de um quadro administrativo-profissional. Tais funções não deixam de revelar certa contradição entre si, uma vez que fundadas na pretensão, de um lado, de defender os princípios liberais e, de outro, fomentar a emergência de uma elite burocrática para o controle do poder.

[...] O bacharel acabou por constituir-se, portanto, em sua figura central porque mediadora entre interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais. A criação de uma verdadeira *intelligentia* profissional liberal, nascida no bojo da sociedade agrário-escravista, compreendida, na sua grande maioria, de bacharéis, promoveu a ampliação dos quadros políticos e administrativos, sedimentou a solidariedade intra-elite de modo a rearticular as alianças entre os grupos sociais representantes do mundo rural e do mundo urbano e, sobretudo, possibilitou a separação entre poder doméstico e poder público, fundamental para a emergência de uma concepção de cidadania. (ADORNO, 1988, p. 78)

A cultura jurídica inaugurada pelo bacharelismo liberal acabou por forjar uma nova magistratura nacional, composta por atores privilegiados da elite imperial, ante sua estreita relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais, e que era responsável por interpretar e aplicar a legalidade estatal,

garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes.

### ***3.1.5. Administração da justiça e magistratura no Brasil imperial***

A declaração da Independência do Brasil em 1822, que marcou a transição do período colonial para o Império, não encontrou adesão em toda a antiga magistratura nacional, de modo que diversos juízes fiéis à Coroa portuguesa abandonaram o país e retornaram a Portugal, ao passo que outros, por conveniência, aceitaram submeter-se às novas condições políticas que se implantaram.

Esses profissionais, formados na erudição e no tradicionalismo da Universidade de Coimbra, se caracterizavam por uma postura pautada na superioridade e na prepotência magisterial, compondo uma elite privilegiada e distante da população. A arrogância profissional, o isolamento elitista e a própria acumulação de trabalho desses magistrados, aliados a uma lenta administração da justiça, motivaram as forças liberais a desencadear uma luta por reformas institucionais, sobretudo no âmbito do sistema de justiça, da qual resultariam a Carta Imperial de 1824, a implantação das primeiras faculdades de Direito (1827) e a edição do primeiro Código Penal brasileiro (1830) (WOLKMER, 2003).

Nas décadas posteriores à Independência, em razão da refinada educação, dos valores e das ideias que incorporava, a classe profissional dos magistrados se constituiria num dos pilares essenciais da unidade e da reestruturação política nacional. Isso porque, de todos os setores burocráticos herdados de Portugal, a magistratura era a que dispunha de melhor organização profissional, com estrutura e coesão internas superiores a todos os outros segmentos, o que a legitimava a exercer papel de relevância nas tarefas de governo.

Assim, a homogeneidade social e ocupação dos magistrados projetava-os não só como os primeiros funcionários modernos do Estado que se formava, mas sobretudo como os principais agentes de articulação da unidade e da consolidação nacional, uma vez que apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo. Além das características de educação, tinham a experiência da aplicação cotidiana da lei e sua carreira lhes fornecia elementos adicionais de treinamento para o exercício do poder público (CARVALHO, 1980).

No entanto, a estreita vinculação da magistratura com o poder político resultou no recrudescimento de práticas de nepotismo e corrupção, tradição que se acentuou em razão das amplas garantias, vantagens e honrarias que os juízes desfrutavam e que se manteve com suas vinculações políticas, compromissos partidários e subserviências ao poder, principalmente na

esfera da administração local. Isso se deve ao fato de que o governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação e remoção de juízes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária, e o cargo, utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados (CARVALHO, 1980).

Segundo Zancanaro (1994), esta condição vivenciada pelos juízes refletiu uma cultura marcada pela ética colonial-patrimonialista, em que a impunidade estava intimamente associada ao modelo jurídico que prevaleceu em Portugal, cujos “vícios foram transplantados para a Colônia como estruturas éticas gravadas nas consciências dos servidores públicos e dos emigrados, e acrescidas, posteriormente, de antivalores desenvolvidos a partir da realidade colonial”. Assim, implantou-se uma espécie de administração calcada nos critérios de pessoalidade, “amizade, parentesco, retribuição, privilégio e em disposições legais carentes de objetividade” (ZANCANARO, 1994, p. 146-147).

Para fazer frente a isso, importantes inovações legislativas, alcançadas através da luta por reformas promovidas por grupos liberais, viabilizaram maior garantia aos magistrados para exercer a função jurisdicional e aplicar a lei com autonomia frente ao poder político.

Em 1832, com a aprovação do novo Código de Processo Criminal, inspirado em práticas processualistas derivadas dos sistemas inglês e francês, foram introduzidas inovações democráticas e descentralizadoras como o *habeas corpus* e o sistema de jurados, além de ter sido instituída a figura do *juiz de paz*, o qual era eleito pelas comunidades locais, não era remunerado e atuava nas causas cíveis mais simples, realizando conciliações prévias, além de reunir atribuições policiais e criminais, ostentando “poderes para atuar na formação da culpa dos acusados, antes do julgamento, e também de julgar certas infrações menores” (KANT DE LIMA, 1992, p. 102).

No entanto, durante a sua vigência, o estatuto processual foi alvo de uma reforma de caráter conservador no ano de 1841, que introduziu o chefe de polícia nas atribuições da Justiça e reduziu as funções do juiz de paz, deixando nítida a substituição das diretrizes judiciais descentralizadas por uma centralização rígida, poderosa e policialesca, reforçando, com isso, o aparato burocrático da dominação patrimonialista ao longo do regime monárquico (WOLKMER, 2003).

Prova disso é que fazendeiros e agregados, não raras vezes, solucionavam seus conflitos às custas da violência, norma de conduta sancionada moralmente, de modo que a ação da justiça oficial era ameaçada pela situação de privilégio de que desfrutavam os grupos dominantes no interior do aparelho de Estado; assim, “não só os fazendeiros avocavam, para si, funções policiais e judiciárias, como outrossim mantinham controle quase absoluto sobre o

veredito do júri e sobre as decisões judiciárias” (ADORNO, 1988, p. 73-74).

Somente em 1871 foi realizada uma nova reforma legislativa que promoveu profundas mudanças no Poder Judiciário e na administração da justiça como um todo, tendo como principal objetivo separar as funções policiais e judiciárias reunidas na reforma de 1841 na figura dos delegados e subdelegados de polícia, além de ter levado a cabo o esforço de profissionalizar os magistrados, aumentando as restrições ao exercício de cargos políticos.

Assim, após 1841 definiu-se o sistema judiciário que duraria, com pequenas modificações, até o final do Império. Além da figura do juiz de paz, juiz leigo eleito pelas comunidades locais, compunha o judiciário a magistratura togada, que abrangia desde os juízes municipais até os ministros do Supremo Tribunal de Justiça, instância máxima do judiciário. Os juízes municipais e de órfãos eram nomeados entre bacharéis com, pelo menos, um ano de prática forense para períodos de quatro anos, após o qual podiam ser promovidos a juiz de direito, ser nomeados para outro quadriênio, ou até mesmo abandonar a carreira, pois não tinham estabilidade. Já os juízes de direito possuíam estabilidade e só perdiam o cargo após processo legal, embora pudessem ser removidos de um lugar para outro. A seguir, vinham os desembargadores, que no final do Império eram onze, e que operavam nas capitais provinciais. O degrau mais alto da carreira era o Superior Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro, cujos membros tinham honras de ministro. Outros membros da magistratura incluíam os juízes substitutos, criados em 1871, e os promotores que serviam nas comarcas e em geral não eram juízes de direito. Dessa forma, em 1889, às vésperas da proclamação da república, havia 1.576 promotores e juízes distribuídos pela Corte e pelas 20 províncias do Império (CARVALHO, 1980).

Conclui-se, portanto, que o espírito do liberalismo refletiu-se na modificação da hierarquia e da composição judiciária, extinguindo-se a estrutura colonial portuguesa, apoiada sobre os ouvidores e os juízes de fora, de modo que a magistratura especial da Relação, composta de juízes municipais, juízes de Direito e de desembargadores, passou a integrar uma nova organização judiciária, eliminando os restos formais do sistema legal português (FLORY, 1986).

### ***3.1.6. Positivismo e cultura jurídica na República***

A estrutura socioeconômica da sociedade brasileira ao longo do Império baseou-se essencialmente na monocultura latifundiária da cana-de-açúcar e no trabalho escravo, o que se refletiu na construção inicial da ordem político-jurídica do país, em particular nos primeiros

textos constitucionais pátrios. O estabelecimento de um governo monárquico parlamentar pela Constituição Outorgada de 1824, com graves limitações na distribuição dos direitos políticos entre a população, atendia claramente aos interesses do absolutismo real e dos grandes proprietários de terra, que se valiam de seu poder econômico para influenciar na política e no próprio judiciário.

No entanto, a disseminação do positivismo de Auguste Comte na segunda metade do século XIX influenciou diversos intelectuais brasileiros, inclusive políticos, militares e juristas, criando condições propícias para a crítica crescente ao absolutismo monárquico e à escravidão, vindo a culminar na queda do Império.

O *positivismo* pode ser definido como uma doutrina filosófica, sociológica e política que defende a ideia de que a ciência é a única forma de conhecimento verdadeiro, de modo que o progresso da humanidade depende exclusivamente dos avanços científicos, sem qualquer influência de crenças e superstições. Seu método consiste na observação rigorosamente científica dos fenômenos por meio da experiência sensível, única capaz de produzir a verdadeira ciência a partir dos dados concretos (positivos), tomando como base apenas o mundo físico ou material.

Na esteira do positivismo de Comte surgiu também o *positivismo jurídico*, escola da filosofia do direito que propõe que o Direito deve ser aquilo que está positivado, é dizer, concretizado na lei, devendo-se utilizar o método científico para estudá-lo, movimento que fortaleceu, por sua vez, o *constitucionalismo*, segundo o qual a constituição representa o conjunto de normas fundamentais de organização de um Estado nacional, cuja função precípua é direcionar todo o ordenamento jurídico, estando no topo da pirâmide normativa. Assim, o constitucionalismo propõe a limitação do poder estatal, pensamento que se contrapunha frontalmente ao absolutismo monárquico característico daquele período histórico, em que a lei era ditada discricionariamente pelo monarca.

A influência desse ideário progressista no pensamento da intelectualidade brasileira estimulou movimentos de caráter republicano e abolicionista, em oposição à monarquia e ao escravismo dominantes no Brasil, fatores que enfraqueceram paulatinamente o modo de produção escravocrata vigente e a própria monarquia ao longo do século XIX, resultando no fim da escravidão em 1888, com a promulgação da Lei Áurea, e na queda do Império, com a proclamação da República em 1889 e a instauração de um regime presidencialista de governo, por meio de um golpe militar que contou com o apoio de setores da aristocracia brasileira.

Embora a primeira Constituição da República, promulgada em 1891, tivesse inspiração positivista, seu texto valeu-se da retórica formalista da igualdade e da defesa da

soberania do povo enquanto único detentor do poder político apenas para conservar uma ordem socioeconômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais, conferindo a “legalidade necessária ao poder hegemônico do Sudeste cafeeiro, sobretudo do seu polo dominante, que era São Paulo. Sob a aparência formal de uma igualdade jurídica, na prática, a autonomia estadual [...] se localizava numa hierarquia dominada pelas desigualdades do desenvolvimento econômico e financeiro regional e, conseqüentemente, limitando, de fato, o poder das unidades da Federação” (ALBUQUERQUE, 1981, p. 518).

Assim, não obstante a estrutura social brasileira tenha sofrido substanciais transformações com o fim da escravidão, a sustentação da economia nacional na exportação de produtos agrícolas, em particular o café, permitiu a perpetuação dos grupos oligárquicos agrários tradicionalmente hegemônicos ao longo das duas primeiras décadas do século XX sob os auspícios formais do liberalismo econômico e político, porém com um viés marcadamente antidemocrático e conservador, por meio da afirmação de direitos civis e políticos apenas na aparência.

Ainda na primeira metade do século XX, com a ascensão do industrialismo no Brasil e a crise do café, as massas urbanas associadas à principiante atividade fabril e alguns núcleos oligárquicos dissidentes passaram a exigir a modernização das instituições políticas, marcando o fim da República Velha. Estabeleceu-se a partir de então um equilíbrio de forças entre os tradicionais grupos oligárquicos do campo e a nova burguesia industrial das cidades, sem que um conseguisse sobrepor-se ao outro. Assim, diante da inércia dos segmentos hegemônicos dissidentes e de uma sociedade fragmentada pelos poderes regionais, o Estado projetou-se para ocupar o vácuo criado por essa disjunção, emergindo como o único sujeito político apto a unificar, nacionalmente, a sociedade burguesa e a fomentar o moderno arranque do desenvolvimento industrial (WOLKMER, 1990).

A partir de então, seguiu-se uma série de Constituições (1937, 1946, 1967 e 1969) que representaram um constitucionalismo de base não-democrática, sem a plenitude da participação do povo, formando um arcabouço jurídico utilizado muito mais como instrumental retórico de uma legalidade individualista, formalista e programática, porquanto recheadas de abstrações racionais que não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade (WOLKMER, 2003).

Foi nesse período que o Brasil viveu o chamado Estado Novo, regime político instaurado por Getúlio Vargas em 1937 caracterizado pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e por viés marcadamente autoritário que perdurou até 1946,

seguido por um intervalo de aparente democracia em que se sucederam governos que buscaram impedir o crescimento do comunismo e o avanço dos movimentos sociais e sindicais dos trabalhadores, culminando na ditadura militar, que vigorou de 1964 até 1985.

Com o declínio da ditadura militar e a paulatina redemocratização política e social, foi promulgada em 1988 a atual Constituição Federal, conhecida como “Constituição Cidadã”, por ser a mais abrangente e extensa das cartas políticas brasileiras no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, sendo considerada por muitos como uma das constituições mais avançadas do mundo nesse aspecto.

Além de inaugurar mecanismos de democracia participativa, como as eleições diretas, a Constituição de 1988 expressou importantes avanços da sociedade civil e materializou a consagração de direitos alcançados pela mobilização de movimentos sociais organizados, prevendo também pela primeira vez a função social da propriedade privada urbana no ordenamento jurídico brasileiro, ampliando as hipóteses de relativização do direito de propriedade.

No entanto, partir de meados dos anos 90, com a implantação do Plano Real e o acelerado processo de globalização do mercado, a política brasileira passou a ser marcada pela polarização entre uma direita neoliberal conservadora e uma esquerda moderada assistencialista, grupos que têm se alternado no poder desde então, sem que tenha havido por parte de nenhum deles uma preocupação de fato em efetivar os direitos e garantias fundamentais positivados, tornando a Constituição de 1988 numa verdadeira “carta de intenções” que nunca chegou a se concretizar, persistindo no Brasil uma desigualdade social histórica, a qual se reflete nas altas taxas de criminalidade e de encarceramento.

### **3.2. Perfil sociodemográfico dos magistrados**

Após conhecermos as origens históricas e socioculturais do Direito brasileiro, vale a pena analisarmos a composição sociodemográfica dos magistrados em âmbito nacional e estadual, tomando como base as últimas pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com este fim.

O último levantamento do CNJ a respeito das características demográficas, sociais e profissionais dos juízes brasileiros foi levada a cabo em 2018 e intitulada Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros, cujos dados foram obtidos via questionário, disponibilizado de forma eletrônica no sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e contou com a participação de 11.348 de um total de 18.168 magistrados ativos, um índice de resposta

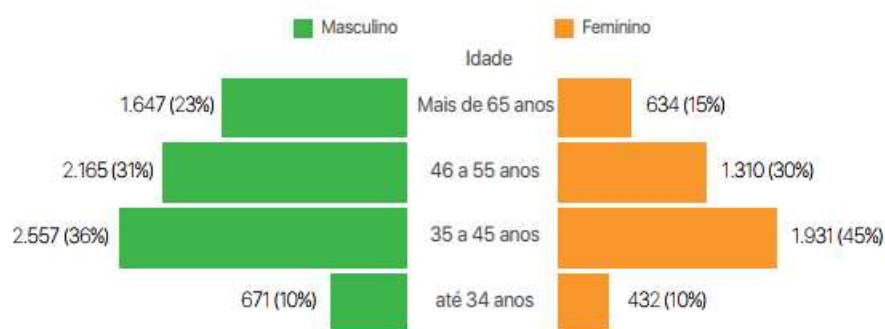


de 62,5%.

No que diz respeito aos aspectos demográficos, o Relatório do Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros (CNJ, 2018b) identificou que os homens representam 62% da magistratura e as mulheres apenas 38%, sendo a Justiça do Trabalho o segmento que conta com a maior proporção de mulheres, com 47%. A Justiça Estadual vem na sequência, com 36% de mulheres, e a Justiça Federal com 32% de mulheres.

A idade média do magistrado brasileiro é 47 anos, com mediana de 46 anos, o que significa dizer que metade dos magistrados tem até 46 anos e metade está acima desse patamar. Os magistrados mais jovens têm 27 anos e os 25% mais velhos têm 54 anos ou mais, sendo que o desvio padrão da idade é de 9,9 anos.

**Figura 2:** Distribuição dos magistrados, segundo sexo e faixa etária, em percentual



Fonte: DPJ/CNJ 2018

A maior parte dos magistrados (80%) é casada ou possui união estável. Entre os homens, o percentual de casados é de 86%, e entre as mulheres, 72%. Os solteiros representam 10%, os divorciados, 9%, e os viúvos, 1%. A maioria tem filhos (78%), sendo 74% das mulheres e 81% dos homens. No que diz respeito ao perfil étnico-racial, a maioria dos juízes se declara branca (80,3%), 18,1% se declaram negros (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6%, de origem asiática (amarelo), sendo que apenas 11 magistrados se declararam indígenas. Entre os magistrados que ingressaram até 1990, 84% se declararam brancos. Entre os que ingressaram no período de 1991-2000, 82% se classificaram como brancos, reduzindo para 81% entre os que ingressaram entre 2001-2010, e ficando em 76% entre os que entraram na carreira a partir de 2011, o que revela um acréscimo relevante na participação das demais raças/etnias na magistratura nos últimos 9 anos.

No Amazonas, 62% dos magistrados se declararam brancos, 36% se declararam

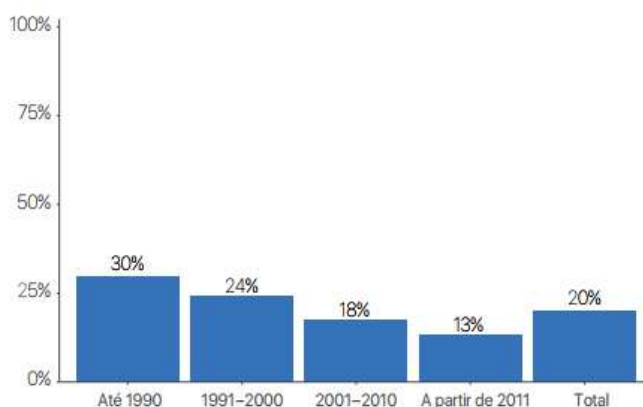
negros (pretos ou pardos), e apenas 2% se declararam amarelos ou indígenas.

Em relação ao perfil social dos magistrados, a pesquisa constatou que a maioria dos juízes brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade. Quanto mais recente é o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados com pais com ensino superior completo ou mais. Dentre os que ingressaram até 1990, 20% têm mãe com ensino superior completo ou mais, e 39% têm pai com esse nível de escolaridade. Já entre os que ingressaram a partir de 2011, 56% têm mãe com ensino superior completo ou mais, e 57% têm pai nessa mesma faixa de escolaridade.

Segundo o CNJ (2018), um quinto (20%) dos magistrados têm familiares na carreira, porém o Relatório destaca que a magistratura se tornou menos endógena com o passar do tempo: 30% dos magistrados que ingressaram até 1990 tinham familiares na magistratura, comparado a 18% dos que ingressaram entre 2001 e 2010, e 13% dos que entraram a partir de 2011. A Justiça Estadual é a mais endógena (21% têm familiares na magistratura). Na Justiça do Trabalho esse percentual é de 17%, e na Justiça Federal, 15%. Quanto maior a posição na hierarquia da carreira, maior a proporção dos que têm familiares na magistratura: 14% entre os juízes substitutos, 20% entre os juízes titulares e 30% entre os desembargadores.

Pouco mais da metade dos magistrados tem familiares em outras carreiras do direito (51%), sendo que, quanto mais antigo o ingresso na carreira, maior é esse percentual. A principal carreira é a advocacia privada (79%), seguida do Ministério Público (20%) e da advocacia pública (16%).

**Figura 3:** Magistrados com familiares na magistratura, de acordo com período de ingresso na carreira, em percentual



Fonte: DPJ/CNJ 2018

A maior parte dos magistrados (82%) declarou ter religião, sendo o catolicismo a religião mais frequente (57,5%), seguida do espiritismo (12,7%) e das religiões evangélicas tradicionais (6,2%). A região do país com maior percentual de magistrados que declararam ter religião foi a região Norte, com 89%.

**Figura 4:** Religião declarada pelos magistrados, de acordo com região de atuação, em percentual

Religião	Centro-Oeste	Nordeste	Norte	Sudeste	Sul	Total
Católica	51,8%	64,6%	58,6%	55,6%	55,5%	57,5%
Espírita/Kardecista	17,2%	9,7%	13,3%	13,4%	12,0%	12,7%
Evangélica Tradicional	8,9%	6,4%	8,6%	5,1%	5,6%	6,2%
Evangélica Pentecostal	4,4%	2,1%	4,9%	2,2%	1,5%	2,5%
Matriz africana (Candomblé, Umbanda)	0,2%	0,6%	0,3%	0,9%	0,6%	0,6%
Judaica	0,3%	0,2%	0,2%	0,5%	0,3%	0,4%
Outra	1,6%	1,7%	2,7%	2,2%	1,7%	1,9%
Sem religião	15,5%	14,8%	11,3%	20,2%	22,8%	18,2%

Fonte: DPJ/CNJ 2018

O Relatório (CNJ, 2018b) constatou, ainda, que pouco mais da metade dos magistrados obteve o título de bacharel em Direito em instituições de ensino privadas (51%), não havendo diferença entre homens e mulheres. Há uma proporção maior de graduados em instituições públicas entre os magistrados que ingressaram na carreira até 1990 (53%), assim como entre os ingressantes entre 1991 e 2000 (52%).

**Figura 5:** Natureza administrativa da instituição de formação, de acordo com sexo, segmento de justiça e período de ingresso na carreira, em percentual



Pouco mais de um décimo dos magistrados possui curso de graduação em outras áreas além do Direito (10,8%), sendo a área mais frequente a administração (18% dos que possuem outra graduação), seguida de economia (13%) e das ciências sociais (7%).

Quase 70% dos magistrados realizaram algum curso de pós-graduação, sendo que a proporção de juízes com pós-graduação é maior entre aqueles que ingressaram na carreira a partir de 2001: 70% dos ingressantes entre 2001-2010 e 80% entre os que entraram a partir de 2011.

Dentre aqueles que realizaram algum curso de pós-graduação, 5% dos magistrados brasileiros têm o título de doutor, 16% de mestre, 54% cursaram alguma especialização ou pós-graduação lato sensu, com no mínimo 360 horas, e 9% realizaram algum curso de pós-graduação com carga horária inferior a 360 horas. A Justiça Estadual tem o maior contingente de magistrados com cursos de especialização (360 horas ou mais): 80%.

Por fim, o Relatório (CNJ, 2018b) apresentou dados a respeito da trajetória profissional dos magistrados brasileiros, revelando que 70% dos magistrados em atividade declarou ter realizado curso de formação inicial, logo após a posse no cargo, porém destacou que quanto mais recente o ingresso na carreira, maior é a proporção de magistrados que realizaram essa formação: 40% daqueles que ingressaram até 1990 e 91% dos que ingressaram a partir de 2011.

O Relatório (CNJ, 2018b) explica que a reserva de vagas para candidatos negros foi regulamentada pela Resolução CNJ 203/2015, e a reserva de vagas para candidatos com deficiência, pela Resolução CNJ 208/2015, contudo, ainda são poucos os magistrados que ingressaram na carreira via cotas, sejam elas destinadas às pessoas com deficiência ou aos negros. De acordo com a pesquisa, menos de 1% dos magistrados em atividade declarou ter ingressado na magistratura por meio de reserva de vagas: 54 magistrados, sendo 30 em vagas destinadas às pessoas com deficiência e 24 às pessoas negras.

A maior parte dos magistrados (67%) declarou ter ocupado algum cargo público antes do ingresso na magistratura, proporção que se revelou maior quanto mais recente o ingresso na carreira: 58% dos que entraram na carreira até 1990 tinham ocupado algum cargo público antes, comparados a 74% daqueles que ingressaram na magistratura a partir de 2011. Quase metade dos magistrados que eram servidores públicos ocuparam outro cargo no Poder Judiciário antes da magistratura (48%), 25% ocuparam postos no Poder Executivo, 13% no Ministério Público e 6% na Defensoria Pública.

Ainda segundo a pesquisa, 12,4% dos magistrados exercem atividade docente, sendo que entre os homens esse percentual é maior: 16% comparado a 6% das mulheres. Grande

parte dos magistrados que exercem atividade docente dão aulas em instituições privadas (41%), 34% dão aulas em escolas da magistratura, 14% em faculdades de direito públicas e 11% em outras instituições. Por fim, 92% dos magistrados declararam estar associados a alguma entidade representativa de magistrados.

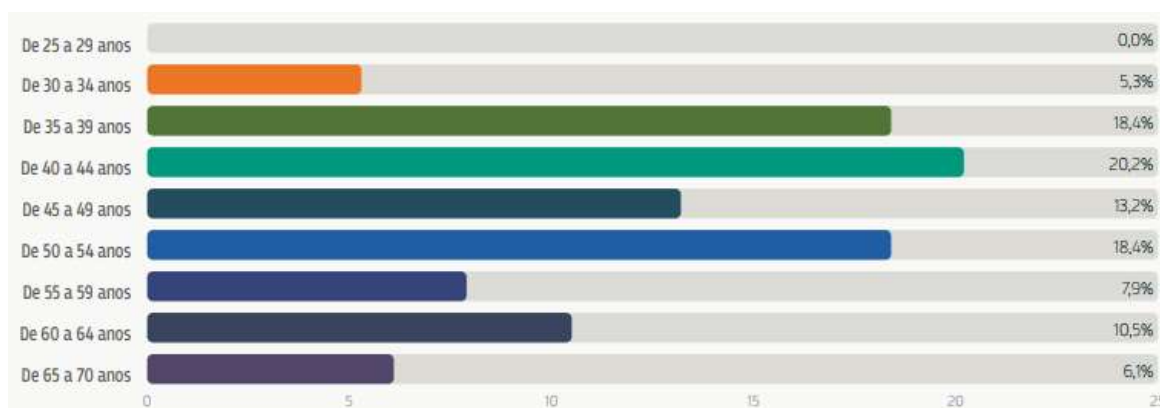
Embora o relatório do Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros não tenha divulgado dados específicos do Amazonas, o Censo do Poder Judiciário realizado em 2013, primeira pesquisa com o fim de coletar dados a respeito do perfil demográfico, social e funcional dos magistrados, divulgou resultados por Tribunal, ocasião em que 76,7% dos magistrados atuantes no Amazonas responderam à pesquisa.

O Censo 2013 constatou que todos os magistrados em atuação no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) haviam entrado até o ano de 2009<sup>10</sup>, dos quais 63,2% entraram até o ano de 1999.

A grande maioria dos magistrados respondentes (73%) declarou ter ocupado outro cargo público antes de assumir o cargo de juiz, dentre os quais 34,5% no Poder Judiciário, 19% no Poder Executivo, 8,3% no Poder Legislativo, 13,1% no Ministério Público, 6% na Defensoria Pública e 19% em outros cargos públicos não especificados.

No que diz respeito à faixa etária, apenas 23,7% declararam ter até 39 anos de idade, concentrando-se a maioria dos magistrados no intervalo de 40 a 59 anos de idade (59,7%), enquanto 16,6% ocupavam a faixa de 60 a 70 anos.

**Figura 5:** Distribuição dos magistrados do Amazonas, segundo faixa etária, em percentual



Fonte: Censo 2013 (CNJ).

<sup>10</sup> Em 2013, o TJAM realizou concurso público para o provimento de 31 vagas no cargo de Juiz de Direito substituto, porém apenas 19 candidatos foram aprovados. Em 2015, foi realizado outro concurso para o provimento de 23 vagas, tendo sido aprovados pouco mais de 60 candidatos.

Diversamente do constatado pelo Perfil de 2018, segundo o qual as mulheres representam apenas 38% da magistratura nacional, o Censo de 2013 concluiu que, no Amazonas, 64,3% dos magistrados eram do sexo feminino, e apenas 35,7% do sexo masculino.

Quanto ao estado civil, 73,9% se declararam casados ou em união estável com pessoa de outro sexo, 0,9% casados ou em união estável com pessoa do mesmo sexo, 2,6% separados judicialmente, 11,3% divorciados, 1,7% viúvos e 9,6% se declararam solteiros. A maior parte dos magistrados declarou possuir filhos (86,1%).

No critério de cor ou raça, 63,5% dos magistrados se declararam brancos, 33,9% se declararam pardos, 1,7% se declararam amarelos (asiáticos) e apenas 0,9% se declararam pretos. Nenhum magistrado se declarou indígena.

A totalidade dos magistrados respondentes afirmou ser brasileiro nato, e apenas 0,9% declarou ser portador de deficiência.

A maioria dos juízes (78,9%) nasceu no Amazonas, e 74,8% concluíram o curso de Direito em instituição pública. Apenas 13% declararam possuir outro curso superior além da graduação em Direito.

Quanto à escolaridade, 32,2% dos magistrados declararam ter apenas curso superior de graduação ou equivalente, 58,3% disseram possuir pós-graduação lato sensu ou especialização de nível superior (mínimo de 360 horas) completa, 7,8% declararam ter mestrado completo, 0,9% doutorado completo e 0,9% pós-doutorado completo. Apenas 7,8% dos juízes respondentes declararam exercer atividade docente.

Os dados acima apresentados indicam o enorme abismo social, econômico e cultural que separa os indivíduos responsáveis por julgar a vida alheia daqueles que são julgados, desigualdades cujas origens remontam à própria formação do nosso país e que estão entranhadas em nossas estruturas mentais e sociais, num processo de naturalização que reforça e reproduz essas mesmas desigualdades.

## Capítulo 4. Análise das entrevistas

### 4.1. Os magistrados

Ao convidar os magistrados para participarem da pesquisa, optei por estabelecer dois critérios informais que, embora não absolutos, julguei que poderiam resultar em entrevistas mais espontâneas e plurais se conseguisse observá-los.

O primeiro critério dizia respeito ao desconhecimento por parte do magistrado da minha condição de defensor público, enquanto o segundo estava relacionado à eleição de diferentes perfis de magistrado para serem entrevistados, uns mais “benevolentes” e outros mais “linha-dura”, a fim de ter contato com diferentes perspectivas sobre as mesmas questões.

Ambos os critérios foram pensados em razão de uma prática bastante comum no campo jurídico (criminal) de separar seus atores em dois grandes blocos, o dos “garantistas” e o dos “punitivistas”.

O termo “garantista” faz referência à “teoria do garantismo penal” de Luigi Ferrajoli, exposta em sua obra *Direito e Razão* (2006), em que o autor defende que o direito penal e o processo penal visam a proteger o réu do arbítrio no exercício do poder punitivo estatal, já que o acusado é a parte vulnerável na relação jurídica processual, ao passo que o Estado ocupa a posição de investigador, acusador, julgador e impositor da pena, ostentando um aparato que lhe dá ampla prevalência em relação ao indivíduo. Assim, as sanções penais só se legitimariam democraticamente a partir do respeito irrestrito aos direitos fundamentais do acusado, os quais são garantidos pela Constituição e que, portanto, servem de limite à atuação estatal a fim de evitar excessos.

Popularmente, e a depender da perspectiva adotada pelo sujeito, o adjetivo “garantista” pode ser utilizado no campo jurídico para designar atores (inclusive juízes) que zelam pelo respeito aos direitos dos réus e que, portanto, são mais “identificados” com a defesa – embora nossa consciência nos diga que todos os atores do campo jurídico deveriam pautar sua conduta e atuação pelo respeito aos direitos fundamentais alheios, inclusive dos réus, e não apenas a “defesa”. Contudo, o termo também é utilizado para designar de forma pejorativa os “defensores de bandidos”, vinculando o exercício do direito de defesa à ideia de impunidade e até mesmo de cumplicidade do ator jurídico em questão para com o acusado.

Assim, os juízes considerados “garantistas” pela comunidade jurídica são frequentemente tachados de complacentes, fracos e até mesmo de criminosos, representação agravada pela mídia que raramente noticia as solturas e absolvições como corolários da

justiça, a não ser para criticá-las e expô-las ao julgamento público, ao passo que as condenações e prisões são comemoradas diariamente nos mais diversos meios de comunicação.

Já o “punitivismo” está associado à ideia de expansão do direito penal, tendência claramente dominante ao redor do mundo no sentido da introdução de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, sob o pretexto de fazer frente a uma demanda popular por mais “proteção”, a qual tende a ser irracionalmente canalizada na forma de punição, de maneira populista, pelas instituições, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais do réu são interpretados como obstáculos que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

[...] Assim, desde a presunção de inocência e o princípio da culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 90)

Portanto, os juízes considerados “punitivistas” tendem a aplicar penas desnecessariamente altas, a fazer uso extensivo da prisão e a relativizar garantias processuais em desfavor do réu, tudo a pretexto de combater a criminalidade, sendo muitas vezes associados à acusação, o que revela certo caráter inquisitorial nesse perfil de magistrado.

Fixadas essas premissas, não me sentiria confortável em ignorar, na presente pesquisa, minha opinião de que o “punitivismo” não se apresenta como solução adequada aos desafios da segurança pública, pois entendo que a raiz da “criminalidade” é muito mais profunda do que a mera “maldade” dos indivíduos, assim como acredito que o encarceramento não é capaz de exercer função preventiva alguma – ao contrário, apenas vulnerabiliza o indivíduo e a própria sociedade.

Essa visão evidentemente se compatibiliza com minha atuação como defensor público, carreira tradicionalmente associada à defesa dos réus em processos criminais, razão pela qual tive receio de que o conhecimento dos magistrados a respeito de minha atuação profissional poderia resultar em respostas enviesadas e pouco autênticas daqueles mais afeitos ao “punitivismo”. Daí minha preocupação em entrevistar juízes que não me conhecessem na condição de defensor público.

Por outro lado, a opção por entrevistar apenas magistrados “garantistas” ou apenas “punitivistas” empobreceria sobremaneira a pesquisa, sendo certo que o diálogo é importante e necessário para a evolução da ciência e da própria sociedade. Assim, esforcei-me por



convidar magistrados de todos os espectros ideológicos possíveis e, conforme se verá, acredito que o resultado foi positivo.

#### **4.1.1. Juiz A**

O primeiro juiz entrevistado é natural do Amazonas e está na carreira há pouco menos de dois anos, sendo um dos magistrados mais jovens do Estado. Valendo-me da proximidade em razão de trabalharmos na mesma comarca do interior à época, embora não tivéssemos amizade íntima, convidei-o para participar de entrevista-piloto a fim de ajustar o roteiro das perguntas que seriam feitas aos juízes no curso da coleta de dados em Manaus, o que foi aceito com muita cordialidade.

O Juiz A me recebeu em seu gabinete pela parte da tarde, já depois do expediente forense, mas ainda havia servidores na vara trabalhando. Ficamos a sós em sua sala e a entrevista decorreu ao longo de pouco menos de 01h40min.

Ao ser questionado sobre como se deu a escolha pela carreira da magistratura, o Juiz A explicou que passou aproximadamente 6 anos estudando e prestando concursos logo após ter se formado na faculdade, tendo como “sonho inicial” ser defensor público, uma vez que se identificava com a carreira, porém após algumas reprovações e diante da necessidade de “ter um emprego”, passou a prestar concursos para diversos cargos de analista judiciário em diferentes Estados, assim como para defensor público e, pela semelhança das matérias estudadas e em razão de estarem sendo realizados concursos Brasil afora para a carreira, começou a fazer também para a magistratura, embora não acreditasse que tivesse capacidade para tanto (“*O meu objetivo era ter um emprego, é, eu jamais imaginei que fosse ter capacidade de passar num concurso pra magistratura, pra mim era algo muito distante e irreal, né?*”, Juiz A).

Revela que durante os anos de estudo privou-se de muitas atividades, especialmente de lazer e sociais, o que resultou em aprovações para cargos de analista em diferentes Estados, porém não deixou de estudar até que fosse aprovado dentro do número de vagas, o que aconteceu ao realizar o último concurso do TJAM para magistrado, aberto em 2015.

*É, fiz prova no Brasil todo, é, à época estava surgindo mais concurso da magistratura, eu me inscrevi porque o assunto era muito correlato. [...] passei para um monte de coisa e eu teria a opção de parar só pra aguardar a minha nomeação, mas não foi o que eu fiz, eu continuei estudando o tempo todo, até que eu consegui passar dentro do número de vagas. (Juiz A)*

O Juiz A destacou que, embora recebesse muito apoio e incentivo de sua família, nunca foi induzido a ser magistrado, tendo sido o primeiro a prestar concursos públicos. Aduziu, ademais, que não havia a “tradição” de fazer parte do meio jurídico em sua família, embora tenha um irmão mais velho que é advogado, mas com quem tem pouco contato profissional em razão da grande diferença de idade, além de ter um primo distante que é juiz no Estado, porém não o viu mais que duas vezes em festas de família.

Sobre o impacto de ser juiz em sua vida, disse que se sente realizado na carreira, pois acredita que nela consegue dar mais acesso à justiça a quem precisa, e revela que sua situação financeira “melhorou muito”, pois conseguiu sair da casa de seus pais, adquirindo mais independência, além de ter percebido que passou a ser mais respeitado e a ter sua opinião ouvida (*“Claro que financeiramente melhorou muito, eu saí da casa dos meus pais, eu consegui mais independência, eu consegui ter mais respeito no meio profissional, isso conta bastante. Eu percebo que quando eu tenho alguma coisa pra falar, quando eu tenho alguma manifestação, eu sou escutado, a minha voz tem um peso, isso pesa... Isso é muito bom”*, Juiz A).

De fato, a magistratura ocupa historicamente a mais alta posição nas estruturas socio-ocupacionais do Brasil (PASTORE; SILVA, 2000) e do mundo (GANZEBOOM; De GRAF; TREIMAN, 1992), sendo uma das profissões mais prestigiadas em todas as sociedades que contam com uma estrutura jurídica organizada, em razão de ser a atividade estatal responsável por “dizer o direito” (*jurisdictio*) e aplicar a lei ao caso concreto, sendo o juiz detentor de alto grau de poder simbólico.

De acordo com Mills (1979), as ocupações cumprem papel essencial na formação da estrutura das sociedades capitalistas modernas, definindo, em grande medida, a probabilidade de geração de renda dos indivíduos e associando-se com o prestígio social e a influência política proporcionada pela posição ocupacional. Assim, a ocupação tem o potencial de conferir não apenas capital econômico, mas também capital social ao indivíduo que a exerce, haja vista o poder que seu detentor tem de mobilizar outros atores sociais para satisfazer seus interesses, o que explica o altíssimo prestígio da magistratura no senso comum.

Entre os aspectos negativos de ser juiz, o entrevistado mostrou-se muito insatisfeito com a imagem que a sociedade tem do magistrado como uma pessoa “distante”, “soberba” e que “não trabalha” pois “vive de assessores”, afirmando que essa não é sua realidade, já que sequer tem assessor no interior. Ao ser perguntado se esta percepção social pode decorrer do prestígio de que gozam os juízes, resultando em maior cobrança, respondeu que *“[t]alvez as pessoas pensem que o juiz pode tudo, que nada acontece com ele, que ele tem muita*

*facilidade pra tudo e que ninguém ousa se meter com os juízes, né? Talvez tenham essa percepção, mas não é a realidade.”* (Juiz A).

Disse sofrer cobranças de todos os lados, desde o próprio Tribunal até os advogados, que o pressionam para que despache seus processos argumentando de tudo é “urgente, urgentíssimo”, porém desconhecem a realidade dos magistrados do interior, que acumulam diversas funções, inclusive administrativas, ao mesmo tempo em que precisam dar andamento aos processos judiciais.

O Juiz A explicou que seu primeiro contato com a matéria criminal foi logo quando tomou posse no cargo, em dezembro de 2017, justamente no período de recesso forense, ocasião em que atuou em audiências de custódia. Disse que, embora não seja sua matéria de preferência, “aprendeu a gostar” da área criminal, aduzindo que, se pudesse optar, gostaria de atuar na vara da infância e juventude cível, que trata de casos de adoção, especialmente depois de realizar um projeto nesta área em outra comarca.

Sobre os desafios de ser juiz no interior, o Juiz A destacou o acúmulo processual, em razão de os processos ficarem parados por muito tempo devido à falta de juízes fixos nas comarcas, além da atribuição de administrar e fiscalizar o presídio local, em particular no que diz respeito às transferências de presos entre comarcas. Aduziu, ainda, que diagnosticou um número de presos provisórios superior ao de presos em cumprimento de pena na cidade em que atua, tendo tentado sensibilizar os demais magistrados a reavaliarem as prisões preventivas nos processos de suas respectivas varas.

#### **4.1.2. Juíza B**

A Juíza B, natural do Maranhão e juíza de direito no Amazonas há 15 (quinze) anos, foi a primeira magistrada da capital a me receber, tendo aceito o convite de imediato com muito entusiasmo. O encontro aconteceu em seu gabinete no final do expediente forense, tendo a juíza interrompido seu horário de almoço para conversar comigo. Ficamos a sós em sua sala e a entrevista decorreu ao longo de exatas 02h.

Interessei-me por entrevistá-la em razão de sua fama de “garantista”, sendo reconhecida – e muitas vezes criticada – por conceder a liberdade a muitas pessoas nas audiências de custódia em seus plantões, tendo sido alvo de matérias jornalísticas depreciativas e até mesmo de representações junto à Corregedoria do TJAM, inclusive por parte de um promotor de justiça, por discordarem de suas decisões.

A magistrada contou que seu sonho inicial era cursar Medicina, então decidiu prestar

vestibular tanto para Medicina comum quanto como para Medicina Veterinária numa universidade pública assim que se formou no Ensino Médio, com a expectativa de que, se fosse aprovada apenas para Veterinária, o que de fato ocorreu, cursaria algumas matérias e as aproveitaria na Medicina quando fosse aprovada.

Disse, no entanto, que se apaixonou pelo curso de Veterinária e acabou desistindo de prestar vestibular para Medicina, porém, após um ano de curso, sua mãe demonstrou preocupação com seu destino financeiro e insistiu para que continuasse prestando vestibular para Medicina ou ao menos fizesse Direito, curso mais acessível à época pois havia acabado de inaugurar em uma faculdade privada por um custo mais baixo que o de Medicina.

Embora jamais tivesse pensado em fazer Direito, a Juíza B iniciou o curso por “cobrança” de sua mãe, porém logo se apaixonou pela carreira e acabou desistindo do curso de Veterinária para que pudesse estagiar na área (*“Então, eu entrei no Direito por cobrança da minha mãe, eu nunca pensei nisso para minha vida, de maneira alguma, e eu entrei assim, por acidente. Só que ao entrar no curso de Direito, eu me apaixonei muito rápido [...]”*, Juíza B).

Logo após se formar, no ano de 1999, a magistrada advogou por 03 (três) anos, até o ano de 2002, ocasião em que se divorciou. Como tinha uma filha pequena, de 03 (três) anos de idade à época, embora a advocacia estivesse começando a lhe render frutos, decidiu dedicar-se a algo que lhe desse maior segurança financeira, razão pela qual decidiu estudar para concursos públicos em cursinhos especializados em São Paulo, tendo passado o ano de 2003 estudando naquela cidade (*“[...] pesou muito para mim o fato de eu ter uma filha, eu me divorciei. Falei ‘tem que cuidar dessa criança, eu tenho que ter uma coisa certa’, e aí eu resolvi ir para São Paulo [...]”*, Juíza B).

Neste mesmo ano, após quase um ano estudando intensamente “de manhã, de tarde e de noite”, a Juíza B prestou diversos concursos por todo o país, dentre eles o da Magistratura no TJAM, tendo sido aprovada. Iniciou sua carreira em comarca do interior no ano de 2004 e, após passar por outra comarca, chegou à capital em 2015, onde atua desde então numa vara especializada em crimes de tráfico de drogas.

Segundo a magistrada, não houve de sua parte uma escolha consciente de se tornar juíza, buscou apenas fazer concursos que lhe dessem uma “renda boa”, tendo “se encontrado” na carreira.

*Então, ser juíza para mim, foi algo que aconteceu, eu não busquei, mas a identificação que eu tenho com aquilo que eu faço e eu, por ser uma pessoa que acredita muito em Deus, eu acho que as coisas não acontecem por acaso, para mim,*

*nada é por acaso. Então, eu penso que foi um encaminhamento que a vida me deu para encontrar isso que me faz tão bem, que eu me sinto tão bem no exercício da minha profissão. (Juíza B)*

Disse que tudo em sua vida “mudou para melhor” ao se tornar juíza, pois dependia financeiramente de sua mãe enquanto esteve estudando para concursos, tendo percebido grande melhora financeira ao assumir o cargo. Além disso, destacou o grande aprendizado que foi trabalhar inicialmente no interior do Amazonas, o qual afirma que é diferente de qualquer outro lugar (“[...] com certeza eu tinha o conhecimento técnico, mas o dia-a-dia, como fazer, como lidar, isso tudo eu fui aprendendo”, Juíza B).

A magistrada explicou que seu primeiro contato com a área criminal na carreira – matéria que disse “amar” desde a faculdade – foi na primeira comarca onde atuou logo após tomar posse no cargo, contando, com bom humor, as dificuldades linguísticas e culturais vividas na pequena cidade.

*Então, perguntei do réu o que tinha acontecido para fazer o interrogatório, e ele falou que deu uma ‘terçadada’ na vítima e eu não tinha ideia do que era uma ‘terçadada’. Eu não sabia o que era um terçado. No Maranhão, o que aqui eles chamam de terçado, lá a gente chama de facão. Se ele tivesse dito ‘peguei o facão e dei um golpe nele’ eu teria entendido, mas ele falou que deu uma terçadada e eu fiquei assim, cinco segundos sem saber o quê que ele tinha feito com a vítima. [risos] (Juíza B)*

Após 04 (quatro) anos atuando exclusivamente na capital, a Juíza B destaca como um grande desafio em seu trabalho a realização das audiências de instrução criminal, destinada à produção probatória e, mais especificamente, à oitiva de vítimas, testemunhas e do réu.

Explicou que, numa vara especializada em entorpecentes, não há vítima determinada, porém as testemunhas são quase que exclusivamente policiais, os quais nem sempre se fazem presentes nas datas designadas, dificultando o encerramento do processo e ensejando maior morosidade da justiça.

*As testemunhas quase sempre são policiais. [...] a comunicação para que eles efetivamente estejam presentes na audiência é um problema sério [...] As audiências são redesignadas por ausência de testemunha. [...] Mas o fato de eles não virem, impede que o processo tenha o seu fim. (Juíza B)*

A juíza disse que, de um acervo total de mais ou menos 3.000 (três mil) processos, tenta manter o quantitativo de réus presos em sua vara abaixo de 100 (cem), números que acompanha periodicamente através de gráficos e planilhas, utilizando a estatística para orientar o seu trabalho. Disse, contudo, que recebeu a vara com mais de 500 (quinhentos) réus

presos, tendo sido necessária a realização de uma filtragem para reavaliar a necessidade da manutenção da prisão de cada um.

*Nosso último número estava abaixo de cem. [...] Não faz muito tempo, quando eu vim para cá, eu assumi a titularidade, nós tínhamos mais de quinhentos presos aqui [...] Quê que eu fiz? Dei uma prioridade máxima nesses casos. Se você observar ali, eu tenho gráficos, eu tenho números, eu trabalho muito com números. Eu gosto de olhar para eles. (Juíza B)*

#### **4.1.3. Juiz C**

O Juiz C é um jovem magistrado que, embora lotado no interior, atualmente ocupa uma vara criminal comum na capital em razão do afastamento do juiz titular para exercer atribuições administrativas junto ao Tribunal de Justiça. É juiz no Amazonas há 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses, sendo natural do Ceará.

O magistrado foi bastante solícito e me atendeu pessoalmente a fim de agendar uma data para realizar a entrevista. Na data designada, o encontro aconteceu em seu gabinete após o expediente forense, tendo a entrevista durado aproximadamente 01h53min. Por ser meu primeiro contato com este juiz, não era de meu conhecimento seu perfil ideológico, assim como o magistrado desconhecia o fato de eu ser Defensor Público, circunstâncias que me pareceram ideais para a realização de uma entrevista mais espontânea.

Segundo o juiz, sua escolha pela carreira se deu logo no início da faculdade em virtude de ter se “identificado bastante” com a magistratura, tendo iniciado seus estudos voltados para concursos públicos de magistratura estadual logo após colar grau.

O magistrado destaca que, após tornar-se juiz, sua vida mudou “da água pro vinho”, especialmente porque vinha se dedicando exclusivamente aos estudos para concursos públicos, ressaltando as responsabilidades do cargo:

*A gente vem de uma perspectiva concurseira, estudante, de repente a gente cai numa profissão que é uma responsabilidade tremenda, tremenda, tremenda, tremenda, que exige muito de nós, questão de tudo, de estudo, de conhecimento, atualização, de convivência, de restrição, de solidão, eu diria, muitas vezes, principalmente em comarcas no interior. (Juiz C)*

Aduziu, ainda, ter sentido um grande impacto em seu estilo de vida quando começou a atuar no interior, haja vista a grande exposição da figura do juiz em comarcas menores, diferentemente do que ocorre na capital:

*Aqui na capital, pelo fato de ser capital, enfim, diversos outros juízes, isso dissipa um pouco mais, vamos dizer assim, essa centralização em cima da figura do juiz, como acontece no interior. Então, assim, minha primeira realidade, como foi do interior, há um impacto tremendo em reação a isso, mudou meu estilo de vida, totalmente. Até por precaução, segurança, enfim, qualquer tipo de situação que venha causar algum tipo de inconveniente futuro, a gente tenta sempre antever resultado, e foi isso que aconteceu. Então, a mudança, eu considero total. [risos] (Juiz C)*

O Juiz C afirmou que sempre se identificou com a área criminal, destacando como vantagem o fato de conseguir ver o “começo, meio e fim” dos processos, uma vez que a média de duração de um processo com réu preso em sua vara atual é de aproximadamente 02 (dois) meses.

Disse, outrossim, que enfrenta como desafios em seu trabalho a resolução de questões complexas no dia-a-dia, como crimes tributários que demandam mais atenção e estudo, além de ter que lidar com a visibilidade ocasionada por certos crimes que ganham maior repercussão midiática, o que considera uma dificuldade por ser “discreto”.

*As dificuldades são basicamente essas, do dia-a-dia mesmo, fora a questão, também, da mídia, né? Eu não digo que é uma dificuldade mas te dá maior visibilidade em situações criminosas que envolvem delitos que ganham maior repercussão e isso, também, é uma dificuldade. Não pelo fato da decisão em si, [...] Mas em relação à repercussão que aquilo pode te causar, entendeu? Por visibilidade, e eu sou muito discreto. (Juiz C)*

Por fim, o magistrado esclareceu que sua vara conta com um acervo de aproximadamente 2.200 (dois mil e duzentos) processos, dentre os quais apenas 80 (oitenta) a 90 (noventa) contam com réus presos preventivamente.

#### **4.1.4. Juiz D**

O Juiz D foi, certamente, o magistrado que mais enfrentei dificuldades para entrevistar. Embora nunca tenha atuado junto à vara em que é titular – um dos tribunais do júri da capital –, sua fama de punitivista o antecede, especialmente entre os advogados e defensores militantes no júri.

Ao chegar no cartório de sua vara pela primeira vez para tentar agendar uma entrevista, me identifiquei apenas como estudante de mestrado, omitindo propositalmente minha atuação como Defensor Público. No entanto, um dos servidores da vara me reconheceu, ao que eu pedi encarecidamente que não revelasse minha profissão quando fosse questioná-lo em seu gabinete a respeito de sua disponibilidade para ser entrevistado.

Depois de várias tentativas em dias diversos – tendo inclusive me deparado com um advogado no corredor que tentava conversar com o juiz há dias para despachar uma petição –, o magistrado finalmente me recebeu em seu gabinete, pouco antes do fim do expediente, autorizando a realização da entrevista, a qual durou menos de 50 (cinquenta) minutos, em razão das respostas lacônicas e evasivas do magistrado, muitas vezes parafraseando dispositivos legais, como se tivesse estudado para a entrevista (lembei-me que já havia antecipado o tema de minha pesquisa aos servidores dias antes, quando solicitei a entrevista pela primeira vez).

Ao final da entrevista, o magistrado revelou ter conhecimento de que sou Defensor Público (“*O senhor é Defensor Público, né?*”), o que pode explicar a pouca espontaneidade de suas respostas. Em seguida, o magistrado tocou uma campainha que estava sobre sua mesa, tendo entrado em seu gabinete imediatamente um homem que concluí ser seu segurança pessoal, o qual o acompanhou até a porta de saída do seu gabinete que dá acesso ao corredor do fórum, por onde eu também fui convidado a sair.

Embora pouco à vontade, o magistrado revelou que é natural do Ceará e é juiz há 21 (vinte e um) anos, tendo começado a estudar e prestar concursos públicos logo quando terminou a faculdade, aos 22 (vinte e dois) anos de idade. Disse, ainda, que, ao ser aprovado no concurso do Tribunal de Justiça do Amazonas, tomou posse no cargo e “gostou”, tendo decidido seguir carreira.

Afirmou que seu primeiro contato com a área criminal foi no ano de 1998 no interior do Estado, logo após tomar posse, aduzindo que a situação era muito precária pois não havia apoio da polícia ou sequer do Tribunal de Justiça, deparando-se com a presença muito grande do tráfico de drogas e de outros crimes violentos:

*Na época, em 1998, era muito precária a situação, então a gente não tinha muito apoio de... de... de... da polícia, do próprio Tribunal de Justiça... Então, a situação era bem diferente do que é hoje. E a gente, na verdade a gente via, a gente via na época, como hoje ainda é, a presença muito grande, hoje em dia até pior, de tráfico de entorpecente. Então o contato foi mais esse de... Que a gente via no interior, fora aqueles crimes passionais, de violência, de agressões, aquela coisa do tipo. (Juiz D)*

Questionado a respeito dos desafios que enfrenta diariamente atuando no tribunal do júri, o magistrado esclareceu que o volume de processos é muito grande e o número de funcionários é reduzido, o que sobrecarrega a vara e ocasiona “falhas”. Ademais, disse haver uma dificuldade em solucionar os crimes de homicídio em razão de as testemunhas não quererem se envolver por temerem represálias:



*O volume de processo que é muito grande, é.. é... a demanda é grande, né? O número de funcionários é muito reduzido, então acaba que... acaba sobrecarregando e acontecendo muitas falhas. E como se trata de crime de homicídio, muitas vezes quando acontece um crime, muitas pessoas que testemunham não querem se intrometer por medo de represália, de sofrer qualquer tipo de consequência, então por conta disso acaba que isso retarda muito a solução dos crimes. (Juiz D)*

Quando perguntado sobre o tamanho do acervo total de sua vara, o magistrado disse não saber informar, uma vez que se trata de número variável (*“Eu não sei te dizer, ele é muito... ele é muito... ele é muito volúvel... Isso, ele é muito flutuante. Então... é... na verdade é como enxugar gelo, quanto mais você julga, mais aparece”*, Juiz D).

#### **4.1.5. Juíza E**

A Juíza E tem 21 (vinte e um) anos de carreira na magistratura e foi apenas a segunda magistrada natural do Amazonas que tive a oportunidade de entrevistar. Atualmente é titular de uma vara criminal comum na capital, onde atua há 09 (nove) anos.

A Juíza E é considerada uma magistrada punitivista pela comunidade jurídica em razão do hábito de indeferir pedidos de liberdade provisória e de aplicar penas severas, porém não tem fama de ser inacessível, já que costuma atender aos advogados quando possível.

Apesar de sua pauta de audiências cheia, a magistrada gentilmente aceitou ser entrevistada entre uma audiência e outra, durante o expediente, porém demonstrou muito interesse em ser ouvida e respondeu às perguntas de forma bastante espontânea, oferecendo longas respostas e reflexões pessoais sobre os temas abordados.

Embora eu tenha participado de algumas poucas audiências em sua vara há alguns anos, a juíza aparentou não ter se lembrado de mim como Defensor Público, o que pode ter contribuído para sua espontaneidade.

A entrevista foi realizada em seu gabinete, onde havia um servidor trabalhando em um computador ao seu lado, tendo sido realizada ao longo de aproximadamente 01h53min, com duas pausas para que realizasse as audiências previstas para aquele dia.

A magistrada disse que, quando estava na faculdade, nunca teve a intenção de prestar concurso para a magistratura, já que sempre quis advogar. Contou que chegou a estagiar na antiga Secretaria de Segurança e Justiça durante um ano e meio, prestando serviço de assessoria jurídica para os internos da Cadeia Pública Raimundo Vidal Pessoa, único presídio de Manaus na época.

Depois de formada, montou um escritório de advocacia com dois amigos, com quem costumava fazer trabalhos voluntários para ganhar experiência a pedido do pároco da igreja que frequentava, o qual era professor de direito na faculdade porém não podia advogar, razão pela qual solicitava sua ajuda para que prestasse assistência às pessoas que o procuravam como padre:

*Depois que eu me formei, montei um escritório com dois amigos, dois colegas de faculdade e eu fazia muito trabalho voluntário, gratuito, né? Pra ganhar experiência, né? E eu fazia isso lá no bairro onde eu morava, a pedido do pároco da igreja que eu frequentava. Ele era professor de direito na faculdade e ele não podia advogar, e ele me pedia pra eu fazer, prestar assistência às pessoas que procuravam por ele como padre. (Juíza E)*

A magistrada contou que esse professor de direito, além de pároco em quatro igrejas, atuava como assessor de desembargador no Tribunal de Justiça, tendo um dia a convidado para auxiliar um desembargador de idade avançada que enfrentava problemas de saúde e que estava sem assessor, tendo aceitado prontamente.

Após três meses trabalhando sem vínculo algum, foi convidada para assumir a assessoria do desembargador, onde trabalhou por aproximadamente dois anos e acabou se identificando com a carreira da magistratura, tendo decidido estudar para o concurso após a aposentadoria do desembargador com quem trabalhava.

*Ele se aposentou com 70 anos, mais ou menos uns dois anos. Foi a época que eu me identifiquei muito com a atividade e decidi prestar concurso pra magistratura. Era possível, né? Na época fazer isso, eu ainda era solteira e tal, depois que ele se aposentou eu decidi estudar pro concurso, me afastei do escritório e fiquei estudando. E no primeiro concurso que teve eu me inscrevi e participei. (Juíza E)*

A juíza esclareceu que foi aprovada no primeiro concurso que prestou após dedicar-se aos estudos, embora já tivesse prestado outros concursos sem sucesso, tais quais do Ministério Público, Tribunal de Contas e Procuradoria do Estado. Após tomar posse, foi designada para atuar no interior, onde passou aproximadamente 12 (doze) anos atuando em todas as áreas do direito, inclusive criminal, pela qual sempre teve predileção.

A magistrada explicou que, embora gostasse do direito de família na teoria, a prática lhe era muito penosa em razão do desgaste emocional resultante dos conflitos familiares com os quais tinha que lidar (“*Eu acho muito desgastante o confronto familiar, né? Especialmente nos divórcios, né? Essa discussão entre ex-marido e ex-mulher é uma coisa que me desgasta e eu fico muito abalada psicologicamente, é uma coisa que me causa um extremo desconforto, né? Eu não lido bem*”, Juíza E).

Já com relação à atuação na área criminal, a juíza revelou se sentir confortável nessa função em virtude de “saber com que tipo de gente” estava lidando, antecipando-se a eventuais preocupações:

*O direito penal assim pra mim, na minha visão, eu meio que sei o que esperar. Então eu acho que essa é a, é o segredo, você saber com que tipo de gente você tá lidando... Que já... você tem que ter um resguardo, você tem que ter, né? Essas preocupações, e eu aprendi a me sentir confortável nessa função. Sempre lidei bem.*  
(Juíza E)

A Juíza E disse que um dos primeiros desafios que enfrentou ao chegar na capital foi o fato de assumir uma vara “tumultuada”, onde havia processos e até mesmo armas apreendidas jogados “pra todo lado”, desorganização resultante da ausência contumaz de juiz titular, o que resultou num acúmulo de processos. Disse, porém, que pouco a pouco conseguiu organizar a vara, alcançando um conforto de trabalho do qual afirma não pretender abrir mão:

*Quando eu cheguei aqui era uma vara bastante... tumultuada. Tava bastante tempo sem juiz e era tudo muito, como eu posso dizer assim... muito solto, tá? Você andava por aqui e eram uns processos jogados, tinha arma jogada pra todo lado, processo jogado pra todo lado, era uma coisa assim bem desorganizada. E aí começou como um grande desafio... e no princípio era um desafio, tinha bastante processo acumulado também, devido ao tempo que ficou sem o juiz titular e depois, assim, eu me senti assim, meio que me apegando, porque a gente vai organizando, organizando, tentando melhorar, né? (Juíza E)*

A magistrada disse, por fim, que o grande desafio que enfrenta atualmente é o “aumento vertiginoso da demanda” e da complexidade dos crimes, os quais estão cada vez mais relacionados a organizações criminosas. Somado a isso, aduz que a estrutura de trabalho não melhorou, tanto em termos de recursos materiais quanto humanos, tendo o mesmo número de servidores desde que assumiu a vara.

## Capítulo 5. Discussão

### 5.1. Critérios de decretação da prisão na prática judicial: a construção de um *habitus*

Um dos aspectos centrais da presente pesquisa foi averiguar quais os critérios utilizados pelos magistrados na praxe forense para decretar a prisão ou conceder a liberdade. A partir das entrevistas, constatamos que os juízes utilizam requisitos majoritariamente extralegais para decidir, os quais raramente guardam relação com os pressupostos efetivamente cautelares previstos no art. 312 do CPP (resguardar a instrução criminal e a aplicação da lei penal).

Ao contrário, a maioria dos argumentos mencionados pelos magistrados são embasados em pretensa garantia da ordem pública, fundamento que, por sua vagueza, acaba permitindo o abuso da prisão preventiva.

Assim, foi possível concluir que os juízes compartilham entre si um conjunto de disposições internalizadas a respeito do que deve ser valorado no momento de decidir sobre a prisão ou a liberdade que não são necessariamente respaldadas na lei ou no direito, revelando um *habitus* judicial que tende a alargar as exigências impostas ao indivíduo para que seja agraciado com a liberdade, o que resulta, por sua vez, numa tendência à decretação da prisão.

#### 5.1.1. Antecedentes criminais

A análise dos *antecedentes criminais* do indivíduo cuja liberdade está em jogo revelou-se uma unanimidade entre os magistrados entrevistados no momento de subsidiar a decisão de prisão/soltura, entendendo-se como antecedentes não apenas condenações prévias transitadas em julgado (é dizer, não mais passíveis de recurso), mas também ações penais em andamento e que, portanto, estão pendentes de julgamento de mérito.

Cada magistrado faz referência aos antecedentes de uma forma diferente, sendo utilizadas indistintamente as expressões “antecedentes criminais”, “ficha criminal”, “folha de antecedentes”, “reincidência”, “passagens”, “histórico criminal”, dentre outras. Todas elas dizem respeito, contudo, à conduta social da pessoa sob julgamento e ao risco de que venha a praticar um novo crime caso seja solta, referindo-se, em suma, ao seu grau de *periculosidade social*.

Assim, embora não tenha previsão legal expressa, alguns magistrados avaliam esse critério sob a rubrica da *garantia da ordem pública*, no sentido de se resguardar a sociedade

da prática de novos crimes.

*[...] Ai eu verifico a reincidência, é um critério muito relevante, eu acho que pra maioria dos juízes até, a reincidência, pra verificar se a pessoa faz daquilo um, uma, uma... um meio de vida ou não. E não é aquela reincidência explícita no Código Penal, né, de que seja transitado em julgado, é estar respondendo por outros delitos. (Juiz A)*

*[...] Se ele tem um sistema que está informando que a pessoa tem ou não tem antecedentes, como é que ele vai ver os antecedentes desse tamanho e vai dizer 'não, eu vou colocar em liberdade', então tem que revogar o Código de Processo Penal, que diz que a garantia da ordem pública é requisito. Então, se a ordem pública é requisito e você tem o sistema informando que aquela pessoa tem três páginas de antecedentes criminais, você vai soltar? Então, antecedentes criminais é muito importante. (Juíza B).*

*Hoje, nossa realidade, isso aí eu pego mais pela audiência de custódia, a gente analisa mais a questão da reiteração delitiva, a folha de antecedentes, que é diferente de reincidência. Muitas vezes o indivíduo é preso, e responde por milhares de outros processos, às vezes, pelo mesmo tipo delitivo, então será que é razoável mantê-lo em liberdade diante de uma reiteração delitiva tão evidente? Então, muitas vezes esse é um principal critério hoje adotado, eu acho, que pela maior parte dos juízes [...]. (Juiz C)*

*[...] No meu caso, eu geralmente analiso se realmente a liberdade daquela pessoa ela vai de alguma forma oferecer algum risco ao meio social, ou se não, se ela tem realmente condição de... de responder o eventual processo em liberdade. Agora com relação a isso você examina diversos aspectos da questão... Tipo, se ela já tem outras passagens, se o suposto delito cometido foi com emprego de violência, se a liberdade dele ameaça a testemunha ou a própria vítima... Então são uma série de fatores. (Juiz D)*

*É, eu acho que quando você fala em ordem pública, como é um conceito abstrato e amplo, eu acho que você pode analisar sobre todos esses aspectos, né? Desde a periculosidade e aí periculosidade pode ser a contumácia, a frequência que ele comete crime [...] e aí vai pesar bastante se aquela pessoa tem histórico ou não [...]. (Juíza E)*

Não há consenso, no entanto, a respeito do número de processos em andamento que recomendam ou desautorizam a concessão da liberdade, havendo juízes que entendem que a multiplicidade de processos criminais não deve, por si só, ensejar a decretação da prisão (“Assim, aqui na [nome da vara], só fica preso o réu se ele estiver com bastante antecedente criminal, aquele que já foi dada a segunda, terceira, quarta, décima chance e não tem jeito, né.” Juíza B).

Para outros, o fato de não haver condenações criminais prévias ou outros processos em andamento não deve, necessariamente, conduzir à soltura, devendo ser considerados outros aspectos, como a gravidade do crime supostamente cometido (“[...] eu mesmo já converti, nas próprias audiências de custódia que presidi... já converti muitas prisões em flagrante em preventiva com pessoas que foram presas e que não respondiam a nenhum processo criminal,

mas que diante da gravidade em concreto do delito, muitas vezes, também, a gente tem que levar em consideração”, Juiz C).

*Na minha análise, as condições pessoais, por si só, elas não definem se eu farei a conversão do flagrante em preventiva ou não. Por quê? Porque eu entendo que eu não posso analisar isso dissociado das circunstâncias do crime. Então se for um crime violento, se for um crime que teve várias vítimas, se for um crime de natureza grave, se for um crime hediondo... Então eu não parto do princípio que as condições pessoais sozinhas vão determinar a soltura ou a prisão, entendeu? Então é claro que elas vão influenciar, pois você analisa no conjunto, né? (Juíza E)*

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em pesquisa realizada sobre as audiências de custódia em diversos estados do país, confirmou a percepção de que o antecedente criminal é um elemento que parece estar fortemente relacionado com a decisão a ser tomada com respeito à necessidade de manter a prisão durante o processo (CNJ, 2018a).

**Figura 6:** Antecedentes criminais do custodiado segundo decisão em audiência de custódia

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AOS ANTECEDENTES	
	SIM	NÃO
CONVERSÃO EM PREVENTIVA	65,4%	37,3%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	3,5%	4,3%
LP SEM CAUTELAR	1,4%	2,4%
LP COM CAUTELAR	26,0%	52,8%
LP E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,6%	0,5%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E DECRETAÇÃO DE PREVENTIVA	0,2%	0,8%
RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	0,2%	0,3%
LP COM CAUTELAR E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	2,0%	1,6%
NI	0,7%	0,0%
<b>TOTAL</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Segundo o Relatório Analítico Propositivo da pesquisa realizada pelo FBSP em parceria com o CNJ:

Outro fator determinante para a decretação da prisão preventiva diz respeito aos antecedentes criminais do acusado. Nesse sentido, os antecedentes criminais, mesmo que sem trânsito em julgado, se configuram como um elemento que parece estar fortemente relacionado com a decisão a ser tomada com respeito à necessidade de manter a prisão durante o processo.

Como já observado na análise dos acórdãos judiciais, destaca-se também nos tribunais a importância dos antecedentes criminais para a fundamentação de uma decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva ou de um acórdão que revê a decisão de primeira instância. Existindo antecedentes criminais, as chances de

haver a conversão em preventiva aumentam consideravelmente. (CNJ, 2018a, p. 296)

Não obstante a institucionalização e naturalização dessa prática, utilizar fatos pretéritos imputados ao indivíduo como critério decisório constitui flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, na medida em que se parte do pressuposto de que o sujeito cometeu não apenas o delito que lhe foi imputado no processo antigo, mas também o crime que ensejou sua prisão em flagrante ou o pedido de decretação da prisão preventiva em novo processo, antes mesmo de que sejam produzidas as provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa sobre sua culpa (ou inocência), configurando evidente antecipação de pena.

Ademais, valer-se da folha de antecedentes criminais para supor que o réu, se solto, voltará a delinquir, decretando a prisão a pretexto de assegurar a ordem pública com base na periculosidade presumida do sujeito, implica no total desvirtuamento do caráter cautelar da prisão preventiva, o que certamente contribui para o encarceramento em massa, e atesta, em última análise, a total ineficiência do sistema de justiça criminal em controlar os conflitos sociais e promover a segurança cidadã.

Dessa forma, conclui-se que o uso dos antecedentes como critério decisório para decretação da prisão preventiva funda-se, em última análise, na rotulação do sujeito como criminoso e na suposição de que adotou uma carreira desviante (BECKER, 2008), violência simbólica que resulta na categorização e separação dos indivíduos entre “bons” e “maus”, “cidadãos de bem” e “bandidos”, agravando paulatinamente a estigmatização e o isolamento dela derivado e, com isso, criando condições propícias para desvios secundários (BARATTA, 2002).

### **5.1.2. Gravidade do delito**

Outro critério bastante utilizado pelos magistrados para decretar a prisão preventiva é a avaliação da gravidade do delito, seja *in abstracto* (gravidade abstratamente considerada do tipo penal imputado, como, por exemplo, crimes hediondos ou que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa), seja *in concreto* (avaliação do caso concreto a fim de aferir o grau de reprovabilidade da conduta do agente).

O Juiz A, por exemplo, explicou que, ao decretar a prisão preventiva de alguém, utiliza um conjunto de critérios construído a partir de sua experiência pessoal, sendo o primeiro deles a *gravidade em abstracto do delito*, no sentido do que ele considera mais grave a partir de sua avaliação subjetiva do crime, considerando o bem jurídico protegido pelo tipo penal e as

consequências do crime (se um furto ou um latrocínio, por exemplo, ou a quantidade de droga no crime de tráfico).

*Primeiro a gravidade do delito abstrato, né? Do crime. Eu acho que crimes como furto, coisas mais básicas, até o roubo, eu não pondero tão negativamente. Ai começa a vir um homicídio, difícil de liberar, é, um latrocínio, um tráfico, dependendo da quantidade, é mais difícil, né? Eu avalio primeiro a natureza do delito... (Juiz A)*

Ao ser questionado se costuma levar em consideração a gravidade em concreto do delito, ou seja, as circunstâncias em que foi praticado e na possibilidade de resultar em uma tipificação penal mais branda, por exemplo, afirmou que “*não é dada tanta atenção quanto merecia*” (Juiz A), pois há uma orientação do CNJ no sentido de que o magistrado não deve, por ocasião da custódia, entrar no mérito da causa.

*[...] numa audiência de custódia, o que vem de lá a gente não tá adentrando ao mérito, então a gente vê a questão da violência policial, dos antecedentes, da gravidade em abstrato, porque a versão do que foi ou não vai ser avaliado quando for o mérito em si... [...] Talvez devêssemos prestar mais atenção na gravidade em concreto do delito. (Juiz A)*

Os demais juízes entrevistados, no entanto, revelaram considerar a gravidade do crime tanto abstratamente quanto concretamente considerado em sua avaliação da necessidade de se decretar a prisão ou não:

*Eu acho que o mesmo pensamento que eu tenho, em relação aos outros juízes que acha que tudo quanto é tráfico é sério e deixa todo mundo preso, talvez eu teria se eu pegasse um caso de homicídio, eu ia dizer 'homicídio é sério, deixa todo mundo preso'. Então, o tipo de crime influencia, sim. (Juíza B)*

*[...] eu mesmo já converti, nas próprias audiências de custódia que presidi... já converti muitas prisões em flagrante em preventiva com pessoas que foram presas e que não respondiam a nenhum processo criminal, mas que diante da gravidade em concreto do delito, muitas vezes, também, e a gente tem que levar em consideração. [...] Eu considero bastante, também, como eu falei, a gravidade, considero o tipo delitivo, também [...] (Juiz C)*

*Obviamente que um crime de homicídio é muito mais sério que um furto simples, e ao mesmo tempo também o modus... Que a gente chama no Direito Penal... o modus operandi da conduta delitiva, né? Se aquele suposto delito foi praticado de uma forma mais violenta ou mais ameaçadora... Tudo isso influencia na decisão. (Juiz D)*

*Eu analiso os critérios legais, né? Que são aqueles estabelecidos pela lei, né? A natureza do crime, se se enquadra dentro das circunstâncias que cabem preventiva e, é, as condições pessoais, né? Então claro que vai influenciar nessa decisão, né? [...] Então se for um crime violento, se for um crime que teve várias vítimas, se for um crime de natureza grave, se for um crime hediondo... (Juíza E)*



De acordo com dados obtidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 65,1% dos crimes violentos que passaram pelas audiências de custódia observadas tiveram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, porém 40% dos crimes cometidos sem violência receberam o mesmo tratamento, com destaque para o tráfico, o que “coloca em dúvida a finalidade da audiência de custódia na gestão da violência e da gravidade do crime” (CNJ, 2018a, p. 72).

**Figura 7:** Crimes violentos e não violentos segundo a decisão na audiência de custódia

DECISÃO	PERCENTUAL EM RELAÇÃO AO CRIME VIOLENTO	
	SIM	NÃO
Relaxamento do flagrante	1,6%	6,5%
Conversão em Preventiva	65,1%	40,0%
LP sem cautelar	2,0%	1,6%
LP com cautelar	30,0%	45,6%
LP e encaminhamento à assistência	0,2%	1,4%
NI	0,7%	0,2%
Relaxamento e Conversão	0,0%	0,9%
Relaxamento e encaminhamento à assistência	0,0%	0,4%
LP com cautelar e encaminhamento à assistência	0,4%	3,4%
<b>TOTAL</b>	<b>100,0%</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Segundo o Relatório Analítico Propositivo da pesquisa realizada pelo FBSP em parceria com o CNJ:

Quanto aos fatores que levam à conversão em prisão preventiva no momento da audiência de custódia, constatou-se que o tipo de crime parece fortemente correlacionado à decisão tomada. O roubo (seguido ou não de morte) é o crime em que a prisão é mais frequente, mais até do que o homicídio. O tráfico de drogas merece destaque na análise por ser um crime sem violência e que desperta nos juízes a preocupação com a manutenção da prisão processual. Embora predominem as conversões nos crimes com violência contra a pessoa, há também um percentual significativo de casos em que mesmo sem violência na prática do delito ocorre a decretação da prisão preventiva em audiência. Observada sob esse aspecto, pode-se admitir que há um uso excessivo da prisão provisória para delitos sem violência contra a pessoa. (CNJ, 2018a, p. 296)

De todo modo, a avaliação da gravidade do delito foge à lógica cautelar da prisão preventiva, uma vez está ligada a uma pretensa garantia da ordem pública, tanto no sentido de oferecer resposta penal imediata a um crime que gerou repercussão social devido a sua gravidade, configurando evidente antecipação de pena em razão de seu viés de retribuição do mal supostamente causado pelo crime, quanto para mostrar para o réu e para a sociedade que

crimes graves não serão tolerados, assumindo um caráter de prevenção geral (desestímulo à prática de crimes através da intimidação ou dissuasão) que não cabe às medidas cautelares de natureza pessoal, mas apenas às sanções penais aplicadas após o devido processo legal.

Além disso, admitir que a “gravidade do delito” sirva de fundamento à decretação da prisão preventiva causa intolerável insegurança jurídica, uma vez que deixa ao livre alvedrio do magistrado a definição do que é grave ou não, excesso de subjetivismo que tende a pender em desfavor do indivíduo a pretexto de se estar “protegendo a sociedade”.

### 5.1.3. *Quantidade de droga apreendida*

Um dos desdobramentos da gravidade do crime enquanto critério para aferição da necessidade da decretação da prisão ou não diz respeito à quantidade de droga apreendida nos delitos de tráfico de drogas e condutas afins, questão que se revelou central na avaliação dos magistrados.

*Eu acho que crimes como furto, coisas mais básicas, até o roubo, eu não pondero tão negativamente. Ai começa a vir um homicídio difícil de liberar, é, um latrocínio, um tráfico, dependendo da quantidade é mais difícil, né? Eu avalio primeiro a natureza do delito... (Juiz A)*

*Assim, aqui na [nome da vara], só fica preso o réu se ele estiver com bastante antecedente criminal, aquele que já foi dada a segunda, terceira, quarta, décima chance e não tem jeito, né. Ou se ele foi pego com uma quantidade bastante exorbitante de droga. (Juíza B)*

*[...] a gente tem que analisar a quantidade de droga [...] já converti diversas prisões em preventiva pela quantidade de droga, óbvio. Eu considero a quantidade de trouxinhas, também, então, tudo é circunstancial, né. (Juiz C)*

*[...] por exemplo no caso do tráfico, você pega alguém traficando e não tem histórico, mas você vai analisar aí aquelas circunstâncias, qual era a quantidade? [...] alguém primário com uma grande quantidade de droga não se... o traficante não entrega uma grande quantidade de droga pra alguém que ele não tenha confiança. Então é... eu faço essa análise subjetiva, caso a caso, para analisar se, naquele primeiro momento de audiência de custódia, se a ordem pública está em risco [...] (Juíza E)*

Tal preocupação se justifica pelo grande volume de prisões em flagrante por tráfico de drogas, crime que responde atualmente por 28% do total da população de pessoas privadas de liberdade no país (DEPEN, 2017b), o que obriga os magistrados a se debruçarem sobre o tema nas audiências de custódia e, via de consequência, a criarem seus próprios critérios de aferição.

No entanto, a ausência de parâmetros legais claros a respeito do que se considera

“grande quantidade” e, até mesmo, para diferenciar o tráfico do uso de entorpecentes – que é um crime despenalizado e que, portanto, não admite a decretação da prisão preventiva – causa enorme insegurança jurídica, correndo-se o risco de se manter a prisão de alguém que, ao final do processo, sequer será condenado por tráfico, mas apenas por uso.

Dentre os entrevistados, a Juíza B foi a única a revelar a quantidade que considera tolerável para a concessão da liberdade, entendendo como limite máximo a quantia de 100g (cem gramas), acima do qual entende ser necessária a decretação da prisão em razão da maior periculosidade do agente.

*Uma pessoa aqui na [nome da vara] que tenha sido presa com pouca quantidade de drogas, abaixo de cem gramas de drogas, se ela ainda não tiver um antecedente nenhum, ainda que ela tenha sido presa e ela será, aqui a gente revoga. (Juíza B)*

Curiosamente, a referida magistrada é a única entre os entrevistados a atuar em vara especializada em crimes de tráfico de entorpecentes, e é vista pela comunidade jurídica como uma juíza “excessivamente garantista”, sendo muitas vezes criticada por conceder muitas liberdades por ocasião dos plantões criminais, principalmente nos delitos de tráfico.

No entanto, segundo a Juíza B, contribui para o alto número de presos provisórios a percepção compartilhada entre os juízes em geral de que o tráfico de drogas é um crime grave, o que resulta numa alta taxa de conversão dos flagrantes de tráfico em prisão preventiva por ocasião das audiências de custódia, ainda que o custodiado apresente condições favoráveis à concessão da liberdade:

*Geralmente, o juízo de custódia como vê que é tráfico, automaticamente já converte em preventiva. Existe, assim, uma certa visão que o tráfico é um crime perigosíssimo, expõe a sociedade a malefícios. [...] Então, assim, cometeu um tráfico, ele não tem antecedente nenhum, ele trabalha, ele tem endereço certo ‘mas é tráfico, converte’. Assim, é uma visão geral, percebo isso. Então, sempre depois de um plantão tem muita conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva quando o crime é tráfico de drogas. Então, quando chega aqui na gente, que é especializado no assunto, aí a gente tem que fazer um filtro [...] (Juíza B)*

Este diagnóstico é compartilhado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o qual, ao realizar pesquisa sobre audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares encomendada pelo CNJ, constatou que 57,2% das pessoas presas em flagrante por tráfico de drogas são mantidas presas enquanto aguardam julgamento (CNJ, 2018a).

Dessa forma, embora a quantidade de droga apreendida seja apontada pelos magistrados como um relevante parâmetro para aferição da gravidade da conduta do indivíduo no caso concreto, a prática dos magistrados e a alta taxa de conversão dos flagrantes

de tráfico em preventiva revelam que pesa muito mais na avaliação dos juízes a percepção moral que possuem do crime de tráfico de drogas, visto como causador de grande mal à sociedade, o que certamente contribui para o grande encarceramento percebido no Brasil, tema a que retornaremos mais adiante.

#### **5.1.4. Profissão lícita e residência fixa**

Desde há muito tempo a praxe judiciária consolidou o hábito de condicionar a liberdade do indivíduo à comprovação de “ocupação lícita” e “residência fixa”, requisitos que jamais estiveram previstos em nosso Código de Processo Penal, mas que, no imaginário dos atores jurídicos, indicariam menor periculosidade social do agente e menor risco à instrução processual e à aplicação da lei penal, respectivamente, já que a ocupação lícita denotaria que o agente não se dedica a atividades criminosas como meio de vida, enquanto que a residência fixa permitiria ao juiz encontrar o réu quando necessário para intimá-lo de eventuais audiências, por exemplo, evitando entraves ao processo e ao cumprimento de eventual pena.

Atualmente, a jurisprudência admite a soltura ainda quando não comprovadas a ocupação lícita e a residência fixa, porém também permite a decretação ou manutenção da prisão ainda que demonstrado o preenchimento daqueles requisitos pelo réu.

Os magistrados entrevistados destacaram, em sua grande maioria, que consideram relevante aferir se o indivíduo possui residência fixa e emprego formal, argumentando que tais circunstâncias auxiliam a ter acesso ao réu no curso do processo, o que permite, por sua vez, resguardar a instrução probatória e a aplicação da pena em caso de condenação.

*Olha, pra mim a questão da residência fixa ela é relevante exclusivamente para comunicação processual, tá? Eu levo muito em consideração a realidade da pobreza e tudo, que não é todo mundo que tem casa, então mesmo que a pessoa não tenha residência fixa, mas se ela me apresentar o endereço da mãe dela, de alguém que ela consiga se comunicar, pra mim tá suprida essa necessidade. Quanto ao emprego, é muito relevante, muito relevante mesmo. Uma pessoa que está empregada, tem uma carteira assinada, tem uma declaração de que está efetivamente trabalhando, me comprove isso, sei lá, ganha dois escudinhos aí pra eu não decretar a prisão preventiva, porque mostra uma inserção social, mostra uma tentativa de buscar sustento por maneiras lícitas, sabe? Então pelo menos pra mim o emprego é uma barreira pra eu decretar a prisão preventiva. (Juiz A)*

*Eu verifico se a pessoa tem um vínculo com o local, às vezes a pessoa é do interior do outro estado. Então, o vínculo, que a gente chama o distrito da culpa, se ele tem comprovante de endereço. [...] Você vai ver se ele tem profissão certa, se ele tem uma carteira de trabalho ou contrato de trabalho, ou qualquer outra coisa que garanta que ele tem por que estar voltando todo dia para aquele endereço. Tem um vínculo trabalhista... (Juíza B)*

*[...] residência fixa, profissão lícita, enfim, é levado em consideração, sim. É levado em consideração porque a gente, se o cidadão tem um emprego fixo já há algum tempo, que tem carteira assinada, muitas vezes isso não acontece, infelizmente. Hoje, o trabalho informal é muito evidente, mas quando tem uma carteira assinada, quando tem alguma estabilidade naquele emprego, é lógico que a gente vê que a intenção do indivíduo, talvez, não seja fugir [...] Se ele tem uma estabilidade familiar, se ele tem uma residência fixa, se ele tem uma profissão lícita significa que, pelo menos, [...] ele responda em liberdade sem comprometer a instrução criminal e, se ele for condenado, que ele cumpra a pena, seja regime fechado, semiaberto ou aberto, enfim. (Juiz C)*

*Olha, na minha concepção pessoal o que conta mais é a residência fixa. Porque o quê que acontece, aqui, na minha experiência muitos réus não têm endereço fixo então quando eles são presos eles dão endereço falso e acaba que impede a conclusão de muitos processos porque eles nunca são encontrados pra ser citados, etc. E isso gera uma série de consequências processuais. Há processos que iniciam e nunca terminam. Então, por exemplo, na análise de uma eventual concessão de liberdade, eu considero muito importante o fato da comprovação do endereço. Agora com relação a emprego, não, até mesmo porque nós vivemos em um país em eterna crise econômica então você exigir que uma pessoa tenha uma ocupação lícita eu acho que seria até demais. (Juiz D)*

*A pessoa não tem histórico, mas ela não é daqui, não tem um emprego fixo aqui. Então o custodiado cometeu um delito, é do Maranhão, tá aqui há poucos meses, não tem residência fixa, não tem um emprego... Naquela primeira avaliação, no meu ponto de vista, eu entendo que são condições que exigem naquele momento a conversão da prisão, por quê? Porque o juiz que vai administrar esse processo, ele vai ter que poder localizar essa pessoa depois. (Juíza E)*

Numa primeira leitura, fica bastante evidente a preocupação dos magistrados com a gestão e o bom andamento dos processos em razão das cobranças feitas pelo Tribunal de Justiça e pelo próprio CNJ, o que muitas vezes faz com que o magistrado mantenha a prisão até que determinados momentos processuais sejam ultrapassados, como acontece com a citação para a apresentação de defesa.

De acordo com o art. 363 do CPP, o processo só se forma efetivamente após a citação do acusado, que nada mais é do que um ato de comunicação processual através do qual o réu toma conhecimento da existência do processo e da acusação que é feita contra si, sendo-lhe oportunizada a apresentação de defesa por escrito em determinado prazo.

No entanto, quando o réu não é localizado em nenhum endereço, não sendo possível citá-lo de nenhuma outra forma, o CPP prevê que deve ser feita a sua citação por edital, que consiste na publicação em diário oficial dos dados do processo a fim de que o réu tome conhecimento da acusação e se defenda; permanecendo o acusado em local incerto e não sabido, é decretada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional (art. 366 do CPP), situação indesejada para qualquer juiz, pois resulta no acúmulo de processos que não podem ser movimentados até que o réu seja localizado.

Por outro lado, se o réu é pessoalmente citado e apresenta defesa, sua presença torna-

se dispensável caso seja intimado e não compareça em eventuais audiências ou, ainda, se mudar de endereço e não comunicar o juízo, prosseguindo o processo sem a sua presença, podendo, inclusive, ser condenado (art. 367 do CPP). Assim, sua ausência é interpretada como o desejo de não se manifestar sobre os fatos em juízo e, portanto, de exercer seu direito ao silêncio.

Por este motivo, muitos juízes preferem manter a prisão do acusado até que ele seja pessoalmente citado no local onde se encontra custodiado, a fim de que o processo siga seu curso, ainda que o réu opte por se evadir posteriormente à apresentação de sua defesa, tornando-se indiferente a comprovação de residência no início do processo, pelo menos até que o réu seja citado e apresente sua resposta à acusação.

*[...] às vezes você precisa manter ali, de repente, uma prisão ou alguma coisa, até chegar nesse ponto, chegou nesse ponto, você solta. Se for o caso, também... Não existe uma regra objetiva, mas que isso influi em determinadas ocasiões, influi, pode acontecer de você precisar. As vezes, o vínculo que o indivíduo tem com a residência é frágil, às vezes você até soltaria, mas você olha assim 'hum, isso aqui eu vou soltar? Vou mandar intimar para apresentar uma defesa [inaudível] escrita sem a qual eu não possa receber a denúncia?'. Quando o juiz não recebe a denúncia, ele não amarra. Eu recebendo a denúncia, ele forma uma ação processual penal, entendeu? Tem certas coisas que você precisa ter uma cautela, sim, porque você é o gestor também e você é cobrado por isso pelo CNJ, pelo teu tribunal. (Juíza B)*

*[...] na minha experiência muitos réus não têm endereço fixo então quando eles são presos eles dão endereço falso e acaba que impede a conclusão de muitos processos porque eles nunca são encontrados pra ser citados, etc. E isso gera uma série de consequências processuais. Há processos que iniciam e nunca terminam. (Juiz D)*

Segundo a Juíza B, esse é um dos truques, dentre tantos outros, que os magistrados desenvolvem a partir de sua experiência profissional para conseguir lidar com as dificuldades enfrentadas diariamente em sua atividade (“[...] ao longo do tempo, com a tua experiência profissional, você vai desenvolvendo certas técnicas que não está no CPP, não está em livro de doutrina, mas que a tua experiência de magistrado vai te conferir”, Juíza B), práticas estas que acabam sendo compartilhadas entre os juízes com o passar do tempo e que contribuem com o aumento do encarceramento.

### **5.1.5. Garantia da ordem pública**

Conforme já vimos, a garantia da ordem pública é um dos pressupostos legais autorizadores da decretação da prisão preventiva, conforme dispõe o art. 312 do CPP, porém a lei não define o conteúdo da expressão “ordem pública”, e nem mesmo a doutrina

processualista penal e a jurisprudência conseguiram encerrar os debates sobre seu significado na prática.

A imprecisão e amplitude de seu sentido é criticada por muitos autores, alguns defendendo inclusive sua inconstitucionalidade por não se compatibilizar com a presunção de inocência garantida pela Constituição Federal (GOMES FILHO, 1991; PRADO, 2011; SANGUINÉ, 2001; LOPES JÚNIOR, 2012; BADARÓ, 2015), porém diversos juízes consideram necessário algum grau de subjetividade a fim de que o julgador possa adequar o fato concreto à norma.

Inegavelmente, a garantia da ordem pública é, de longe, o argumento mais utilizado para fundamentar a decretação da prisão preventiva (CNJ, 2018a). Para se ter uma ideia, ao analisar decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Cazabonnet verificou que 77,72% dos julgados que compuseram o banco de dados da pesquisa (no total de 573 decisões) referiam-se à determinação da prisão preventiva, totalizando 392 decisões, das quais 351 tenham tido como único fundamento a garantia da ordem pública (CAZABONNET, 2013).

Sobre a ordem pública como pressuposto legal da prisão preventiva, o Juiz A destacou a dificuldade de preencher o conteúdo desta expressão, relacionando-a à tranquilidade ou paz social, à possibilidade de a pessoa voltar a ser presa novamente caso venha a ser solta – é dizer, seu grau de periculosidade – e também à repercussão social do delito.

*A ordem pública é um critério amplo, né? Então o quê que eu vejo como ordem pública? Eu vejo a necessidade de manutenção seja por... pela paz social, seja pela vizinhança, seja por... pela possibilidade daquela pessoa voltar a ser presa, a natureza do delito, eu vejo... Diversas formas, né? (Juiz A)*

Já a Juíza B, ao ser questionada a respeito do conteúdo que dá à expressão “garantia da ordem pública”, declarou que se trata do maior “coringa” que existe no Código de Processo Penal, em razão da amplitude de sentidos que pode assumir. Disse, no entanto, que, embora esteja impregnada de subjetividade, essa liberdade de interpretação é necessária para que o magistrado faça a devida adequação da lei ao caso concreto, a qual deve ser orientada acima de tudo pela Constituição Federal e por uma “boa dose de bom senso”.

*Então, a garantia da ordem pública, ela está lá, ela está prevista, ela é legal. Enquanto não tirarem de lá pode falar bem, pode falar mal, mas ela está lá. E a minha visão é simples de você fazer uma interpretação pela Constituição e com bom senso, tem que ter liberdade. Tem que ter! É o que eu penso. Eu não vou te dizer com duas palavras o que é a garantia da ordem pública, você precisa compreender, sentir, saber. Se você amarrar demais, você perde isso. (Juíza B)*

Por outro lado, a Juíza B argumentou que trabalhar com o tráfico de drogas “é muito complicado”, em razão do grande volume de prisões em flagrante realizadas diariamente pela polícia e que resultam em novos processos, situação que atribui à falta de clareza da legislação em distinguir o tráfico do uso, cabendo à polícia definir o que é ou não tráfico em última análise.

*[...] a gente enxuga gelo e, de fato, vamos continuar enxugando gelo enquanto a nossa legislação, que é a Lei nº 11.343/2006, for ambígua, for dar margem para interpretações [...] a polícia vai dizer se aquilo lá é tráfico, se é um uso. Em primeira mão, é o policial que está na rua que vai dizer. [...] no meu pensamento, ela deveria ser mais objetiva. (Juíza B)*

A respeito desse protagonismo da polícia na definição do que é crime, Sinhoretto e Lima (2015) avaliam que a composição do sistema prisional hoje reflete um modelo de segurança pública que tem como principal iniciativa o policiamento ostensivo realizado pelas PMs, a quem acabe a definição do que é ordem pública. O resultado disso é o alto número de prisões em flagrante em decorrência dessa lógica de policiamento que, por sua vez, impacta significativamente no número de prisões provisórias.

No quadro de competências e responsabilidades institucionais, ressalta a responsabilidade especialmente das polícias militares pela produção deste quadro, porque são elas que fazem a vigilância cotidiana das ruas e selecionam os tipos de crimes e de criminosos sobre os quais se concentram – quase exclusivamente. As polícias militares são as responsáveis por determinar o conteúdo prático do conceito de ordem pública e as fronteiras do legal e do ilegal. (SINHORETTO e LIMA, 2015, p. 126-127)

O Juiz C também defendeu a subjetividade do conceito de ordem pública, a fim de que cada magistrado possa decidir de acordo com o que entende justo, porém destacou a reiteração delitiva (antecedentes criminais) como critério mais ou menos objetivo de interpretação da expressão.

*[...] se a gente amarrasse o conceito, para quê juiz? Perde a finalidade, entendeu? A gente não precisaria estar analisando, porque, cumpriu aqueles requisitos, preso, não cumpriu, solto. Então, assim, sairia todo o foco, acredito eu, que é necessário, da análise subjetiva do caso concreto. Entendeu? [...] O que eu considero salutar é essa divergência de opiniões, enfim, é o conceito que cada magistrado entende sobre aquele assunto, sobre aquela necessidade da prisão pela ordem pública, ou não. Aí voltando, especificamente, à ordem pública. É muito amplo, como a gente acabou de conversar, o conceito de ordem pública. [...] Mas a gente considera, eu, particularmente, o critério, mas sem retirar o subjetivismo que é necessário, mas dentro desse critério mais subjetivo, um critério pequenamente objetivo seria a reiteração delitiva, que a gente já conversou. Se ele é, enfim, assíduo naquela prática delitiva, ele está causando um certo problema à sociedade, então, ele está*



*ferindo a ordem pública. É uma questão genérica? É. A gente analisa só isso? Não. Mas dentro do critério subjetivo, esse critério objetivo é bem salutar. [...] é um critério que muitos magistrados têm como referência e, até, como determinante para a prisão, que é a ordem pública. Mas é muito amplo e, como eu falei, é importante que seja amplo, é importante que tenha esse caráter mais subjetivo de análise, levando ao critério que cada magistrado voltasse sobre aquele conceito, o importante é que você aplique de maneira que você considere justa. (Juiz C)*

O Juiz D, por sua vez, reconheceu a subjetividade do termo, porém revelou que entende a ordem pública como a análise do risco que a liberdade do indivíduo representa para a coletividade, conferindo à prisão preventiva, portanto, um caráter de defesa da coletividade.

*A ordem pública é um termo que leva muita subjetividade, ao conceito de cada um. Então, na minha concepção, o juiz tem que analisar se realmente é... A liberdade da pessoa, no fundo, realmente ela vai oferecer ou não um risco à coletividade. Então ele vai ter que pesar o direito particular, individual, do que foi flagrantado e o da coletividade. (Juiz D)*

Por fim, a Juíza E fez coro junto aos demais magistrados e defendeu a amplitude de interpretação oferecida pela lei a fim de que o julgador a aplique a seu “gosto”, aduzindo que a contumácia e a violência do crime são indicativos da necessidade de defesa da ordem pública.

*É, sem dúvida que ordem pública é uma coisa, no meu ponto de vista, é um conceito muito amplo. Porque, é, realmente dá margem pra muitas interpretações. Mas eu entendo que o legislador quis dessa forma quando criou a legislação. Porque se ele quisesse que fosse um conceito menos amplo, ele teria deixado definido em lei, né? Então a ordem pública, é, sem dúvida nenhuma é uma coisa bastante ampla e ela pode, na hora de ser aplicada, pode ser aplicada de forma ampla ou pode ser restringida conforme o gosto do aplicador e o entendimento do aplicador, né? É... eu aplico de forma ampla porque eu entendo que ao criar a legislação e deixá-la ampla, sem especificá-la, sem, é... colocar de forma taxativa o quê que ela representa, no meu entendimento o legislador teve a vontade de que ela fosse respeitada de forma ampla. [...] É, eu acho que quando você fala em ordem pública, como é um conceito abstrato e amplo, eu acho que você pode analisar sobre todos esses aspectos, né? Desde a periculosidade, e aí periculosidade pode ser a contumácia, a frequência que ele comete crime, pode ser a violência com que comete um crime, a crueldade, a ameaça, é... Eu normalmente quando analiso essa questão da conversão em prisão preventiva ou da manutenção da preventiva, eu analiso, é... as questões pessoais e a questão da ordem pública associados às circunstâncias do crime que tá sendo analisado, né? (Juíza E)*

Essa interpretação de que é salutar a subjetividade do termo “ordem pública” a fim de permitir que o juiz preencha seu conteúdo, instrumentalizando a prisão preventiva como ferramenta de “defesa da coletividade”, resulta no claro risco de atribuir aos magistrados, indivíduos privilegiados provenientes das classes mais altas da sociedade, brancos, casados e cristãos (CNJ, 2018b), o poder de definir qual coletividade deve ser “defendida”. Não por

outro motivo, a “defesa da coletividade, um dos principais argumentos que motivam a manutenção das prisões cautelares, geralmente são dirigidos aos sujeitos já marcados por uma trajetória criminal, originando assim, o que pode nominar como um tipo social propenso à sujeição criminal” (CNJ, 2018a, p. 290).

Como foi possível perceber, esse conjunto de critérios fortemente compartilhados entre os magistrados revela a existência de um sistema de disposições incorporadas através de condições e condicionamentos sociais a que foram submetidos que os guiam no momento de decidir, compatível com a noção bourdieusiana de *habitus*, o que resulta numa prática judicial mais ou menos homogênea.

Bourdieu ressalta, no entanto, que a prática não é um mero produto mecânico de ditames estruturais, nem o resultado da perseguição intencional de objetivos pelos indivíduos; é, antes, “o produto de uma relação dialética entre a situação e o *habitus*, entendido como um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as experiências passadas, funciona em cada momento como uma matriz de percepções, apreciações e ações e torna possível cumprir tarefas infinitamente diferenciadas graças à transferência analógica de esquemas” adquiridos numa prática anterior (BOURDIEU, 1972 *apud* WACQUANT, 2017, p. 214).

Assim, a instrumentalização desses critérios na prática se dá de forma mais ou menos inconsciente, não sendo possível afirmar que os magistrados os utilizam para deliberadamente decretar a prisão preventiva de pessoas pobres, porém revelam o compartilhamento de origens sociais similares e de valores que foram incorporados ao longo de suas vidas e reproduzidos no campo jurídico, o que explica a semelhança das decisões judiciais por todo o país.

## **5.2. Arbitrário cultural e a imposição de uma “cultura legítima”**

### ***5.2.1. Vulnerabilidade social e defesa da coletividade***

Conforme vimos, a aferição da suposta periculosidade do indivíduo para decretar a prisão preventiva com o fim de “defender a coletividade” tende a criminalizar determinados sujeitos, classes sociais e estilos de vida, estigmatizando-os e agravando a desigualdade e a vulnerabilidade social, além de antecipar a pena a crimes que sequer ocorreram ainda. No entanto, a avaliação do risco de reincidência levando em conta aspectos pessoais do agente é prática corriqueira entre os juízes criminais, destacando-se entre os critérios utilizados a verificação de ter o réu “residência fixa” e “profissão lícita”.

*Eu olho, por exemplo, a pessoa tá cometendo dois roubos, tá desempregado, fala que não tem meio de sustento, é, pergunta sua atividade, o quê que faz e passa o dia em casa, eu vejo que através de garantia à ordem pública, é muito provável que com esse perfil ele volte a delinquir... Passou por uma audiência de custódia por roubo, foi liberado, tá desempregado, não buscou nenhuma atividade, não comprovou nada, supostamente praticou outro roubo, aí pra mim a ordem pública fica meio que abalada porque é muito provável que ele volte a praticar alguma coisa assim nesse sentido. (Juiz A)*

Questionado a esse respeito, o Juiz A esclareceu que, a seu ver, a residência fixa é relevante exclusivamente para comunicação processual, mas não é um critério absoluto, admitindo que o sujeito apresente o endereço de um familiar ou mesmo que se comprometa a comparecer periodicamente na vara, por exemplo, para que responda ao processo em liberdade, uma vez que reconhece a situação de vulnerabilidade de muitos réus que não têm local fixo para morar (“*Eu levo muito em consideração a realidade da pobreza e tudo, que não é todo mundo que tem casa [...]*”, Juiz A).

Por outro lado, defende que o fato de o sujeito ter um emprego formal é “muito relevante mesmo”, porque sugeriria menor propensão à reincidência e, portanto, menor periculosidade social, levando em conta o esforço do indivíduo em exercer atividade lícita em detrimento de ter uma carreira desviante.

*[...] Quanto ao emprego, é muito relevante, muito relevante mesmo. Uma pessoa que está empregada, tem uma carteira assinada, tem uma declaração de que está efetivamente trabalhando, me comprove isso, sei lá, ganha dois escudinhos aí pra eu não decretar a prisão preventiva, porque mostra uma inserção social, mostra uma tentativa de buscar sustento por maneiras lícitas, sabe? Então pelo menos pra mim o emprego é uma barreira pra eu decretar a prisão preventiva. (Juiz A)*

O magistrado não atribui a mesma importância ao estudo, já que não constitui fonte de renda, argumentando o seguinte:

*[...] O estudo em si, é, se uma pessoa ocupa, sei lá, quatro horas com o estudo no dia, não é a mesma coisa que ela estar com a carteira assinada, não implica tanta responsabilidade assim quanto estar num emprego diário pra se sustentar, né? Além de que no estudo ela não tá auferindo renda. Não tá tendo uma fonte de sustento. Então o trabalho gera essa proteção, entre aspas, maior do que o estudo. (Juiz A)*

Embora valorize o esforço individual e o mérito de quem trabalha para se sustentar como circunstância favorável à concessão da liberdade, o Juiz A reconhece que, por outro lado, a submissão de alguém ao cárcere produz efeitos que ultrapassam a mera privação da liberdade e o confisco do tempo de vida, dentre eles a estigmatização e a consequente dificuldade de se reinserir no mercado de trabalho em virtude do preconceito da sociedade:

*É uma questão sociológica, na verdade, porque se a gente for olhar a pena de quem vai preso, ela vai muito além do tempo que ela passa encarcerado, o estigma que a pessoa tem, né? Que ela carrega com a dificuldade de encontrar um emprego, essas já são consequências muito relevantes que influenciam uma vida toda. Até aquele que foi preso injustamente, só de ter o registro de ter passado por uma prisão a sociedade já encara... Então, já existe uma punição além da cadeia, evidente, ninguém nega ela! (Juiz A)*

Para a magistrada B, a comprovação de residência é essencial para a concessão da liberdade, mesmo que o indivíduo já tenha contra si prisão anterior e ainda que o endereço apresentado seja em nome de terceiros:

*Para mim, geralmente é assim, se ele caiu por uma coisa pequena, aí, ele cai de novo, a outra coisa pode ser pequena ou grande e tal, mas ele caiu na primeira vez por uma coisa pequena, ele tem só dois, em geral, eu vou conceder a liberdade se tiver residência, as outras coisas, se tiver endereço... As outras coisas que favoreça... Também, se não tiver... Enfim, não tem como. (Juíza B)*

De acordo com a Juíza B, ter um emprego auxilia o indivíduo a obter uma decisão favorável à liberdade provisória, tanto porque o local de trabalho pode ser utilizado como um endereço alternativo para o recebimento de intimações, quanto porque a percepção de renda constitui, na sua visão, uma espécie de “fator de proteção” que evita a prática de crimes.

*[...] a renda está muito ligada com a questão da criminalidade, não porque eu seja preconceituosa e diga que as pessoas pobres cometem delito, até porque ricos também cometem delito, mas por uma questão que a gente ouve sempre ‘fiz porque estava desesperado, fiz porque tinha que alimentar meus filhos que estavam morrendo de fome, fiz porque minha esposa está doente e eu não tenho dinheiro para comprar...’. Esses são fatos e você não pode negar os fatos, então, se a pessoa tem um emprego, ela tem uma renda, ela tem uma força a mais para ela não voltar a delinquir. (Juíza B)*

A magistrada reconheceu a dificuldade do Poder Judiciário de lidar com pessoas em situação de rua que são presas em flagrante e apresentadas à custódia, as quais, via de regra, não têm endereço certo e nem emprego formal, o que representa um desafio para a concessão da liberdade. Disse, no entanto, ser possível a soltura mediante o compromisso de comparecer em determinado local:

*É um grande problema... Morador de rua que trafica para manter o vício... Eu não consigo te informar uma jurisprudência para esse caso. É muito caso a caso, acontece bastante. Assim, a gente já teve decisões criativas, interessantes que é conceber a liberdade e ir nas cautelares colocar determinada questão, ele apresentar no dia tal, no lugar tal, assim, ‘esteja em tal lugar, em tal dia para a gente poder decidir nesse lugar...’, já aconteceu. (Juíza B)*

A Juíza B defendeu, ainda, a necessidade de haver corpo técnico adequado, composto por psicólogos e assistentes sociais, para promover a reinserção social das pessoas em situação de rua após sua soltura, pelo menos no que diz respeito às varas especializadas em crimes relacionados ao tráfico de drogas:

*Eu penso que, pelo menos as varas de tráfico de drogas, elas deveriam ter um núcleo de apoio, que nós não temos, com psicólogo, assistente social, né?! Pudessem fazer esse link de estar lá numa ponta cuidando deles e respondendo com a gente para poder fazer isso, mas é muito difícil. (Juíza B)*

O Juiz C, por sua vez, associa a residência e o emprego à estabilidade familiar, fatores que poderiam indicar que o fato pelo qual o indivíduo foi preso é apenas um “acidente” em sua vida, muitas vezes relacionado ao uso de drogas, não obstante admita que o trabalho informal prevalece atualmente:

*[...] se o cidadão tem um emprego fixo já há algum tempo, que tem carteira assinada, muitas vezes isso não acontece, infelizmente. Hoje, o trabalho informal é muito evidente, mas quando tem uma carteira assinada, quando tem alguma estabilidade naquele emprego, é lógico que a gente vê que a intenção do indivíduo, talvez, não seja fugir; às vezes, é uma situação, acidente... Acidente entre aspas, né, uma situação isolada na vida dele e que foi levada, às vezes, por amizade, por uso de droga. Como a gente falou agora há pouco, a droga, às vezes, é um mal maior que até incentiva pessoas, por loucura mesmo, a cometer outros crimes, mas que, por vezes, é uma situação isolada na vida do indivíduo, então, isso é levado em consideração. Se ele tem uma estabilidade familiar, se ele tem uma residência fixa, se ele tem uma profissão lícita significa que, pelo menos, não que ele não seja condenado por aquele crime, é isso que tem que diferenciar bem, mas que, pelo menos, ele responda em liberdade sem comprometer a instrução criminal e, se ele for condenado, que ele cumpra a pena, seja regime fechado, semiaberto ou aberto, enfim. (Juiz C)*

Sobre as pessoas em situação de rua, o magistrado destacou sua situação de vulnerabilidade social, porém argumentou que, na custódia, ante a urgência de se tomar uma decisão por vezes sem muitas informações sobre o sujeito, é necessário manter a prisão até que seja avaliada sua “índole”:

*[...] morador de rua, lógico, está ali não porque ele quer, são circunstâncias da vida. Às vezes são pessoas, realmente, da índole criminoso, mas, às vezes, não. São circunstâncias de vida, desemprego, enfim, tudo isso pode causar. Isso aí já é uma coisa mais a fundo. É levado em consideração, sim, porque uma das intenções da prisão preventiva, dos fundamentos, é para que ele não fuja, não se furte a aplicação da ação da lei penal em caso de uma eventual condenação. Então, é levado em consideração, sim. [...] Então, vai muito dessa questão da índole, mesmo, do indivíduo, e, como te falei, no processo criminal já em tramitação, a gente consegue ter essa noção. Na audiência de custódia, não, né. Por isso que acho que essa questão de ser morador ou não de rua, na audiência de custódia, pesa mais do que numa análise processual já no processo em trâmite. (Juiz C)*

Defendeu, no entanto, a possibilidade de se conceder a liberdade provisória a pessoas em situação de rua após a distribuição dos processos às varas criminais, porquanto a tramitação do processo permite um contato maior com o indivíduo e, por conseguinte, a avaliação da sua personalidade e de eventual intenção de se evadir, viabilizando o comparecimento periódico em juízo como medida cautelar alternativa à prisão:

*O indivíduo é morador de rua mas ele todo mês está aqui assinando a frequência dele certinho, rigorosamente. Ele tem intenção de se furtar à aplicação da lei penal? Não tem. Como é que a gente vai intimá-lo das audiências? Aguarde ele vir. A gente intima aqui no balcão, né. Não precisa ir. Então, assim, a gente consegue suprir todas as necessidades processuais, mesmo ele sendo morador de rua. (Juiz C)*

O Juiz D, por seu turno, considera mais importante que o indivíduo comprove residência do que tenha emprego, com vistas a resguardar o regular andamento do processo, aduzindo que a situação econômica do país não permite que se exija ocupação formal das pessoas apresentadas à custódia:

*Olha, na minha concepção pessoal o que conta mais é a residência fixa. Porque o quê que acontece, aqui, na minha experiência muitos réus não têm endereço fixo então quando eles são presos eles dão endereço falso e acaba que impede a conclusão de muitos processos porque eles nunca são encontrados pra ser citados etc. E isso gera uma série de consequências processuais. Há processos que iniciam e nunca terminam. Então, por exemplo, na análise de uma eventual concessão de liberdade, eu considero muito importante o fato da comprovação do endereço. Agora com relação a emprego não, até mesmo porque nós vivemos em um país em eterna crise econômica então você exigir que uma pessoa tenha uma ocupação lícita eu acho que seria até demais. (Juiz D)*

Quanto às pessoas em situação de rua, o magistrado afirmou que se tratam principalmente de usuários de drogas que cometem furtos ou roubos, ou se envolvem em algum episódio de violência, de modo que a ausência de uma referência de endereço inviabiliza a concessão da liberdade, pelo menos na custódia:

*[...] em alguns casos, principalmente são usuários de drogas, que eles cometem furtos ou roubos, ou então se envolvem em algum episódio de violência. E que muitas vezes isso impede a concessão da liberdade, mas naquele momento [...] o juiz tem que decretar a prisão preventiva pra garantir que o processo flua no futuro, né? [...] pra garantir a aplicação da eventual lei penal e até a conveniência da instrução também [...]. (Juiz D)*

Por fim, a Juíza E também destacou a residência fixa e o emprego como critérios essenciais para avaliar a possibilidade de o indivíduo responder ao processo em liberdade, reforçando o discurso dos demais magistrados:

*A pessoa não tem histórico, mas ela não é daqui, não tem um emprego fixo aqui. Então o custodiado cometeu um delito, é do Maranhão, tá aqui há poucos meses, não tem residência fixa, não tem um emprego... Naquela primeira avaliação, no meu ponto de vista, eu entendo que são condições que exigem naquele momento a conversão da prisão, por quê? Porque o juiz que vai administrar esse processo, ele vai ter que poder localizar essa pessoa depois. (Juíza E)*

A associação da ausência de emprego formal com a prática de crimes revela a imposição de uma visão de mundo por parte dos magistrados determinada pela cultura dominante do que seria um meio de vida legítimo e aceitável, processo denominado por Bourdieu e Passeron de *arbitrário cultural* (2013), o que resulta na criminalização da pobreza e, em particular, daqueles indivíduos que, por se encontrarem em situação de vulnerabilidade social – no mais das vezes por culpa do próprio Estado ao não oferecer serviços públicos adequados – não conseguem exercer atividade remunerada de forma regular e sequer ter um lugar para morar.

A exigência do “trabalho útil” como critério de avaliação da personalidade reforça a visão de que “crime é coisa de pobre”, resultando na crescente seletividade do sistema penal e na impunidade dos indivíduos pertencentes a classes sociais privilegiadas. Somado a isso, a desvalorização do estudo como instrumento de emancipação e mobilidade social revela a ideia socialmente compartilhada de que não importa que o pobre (de capital econômico, social, cultural etc.) se dedique a um subemprego, desde que esteja trabalhando, produzindo e auferindo renda suficiente para não se envolver com o crime.

De fato, conforme esclarece Jessé Souza (2009), fortemente inspirado na noção de *herança cultural* desenvolvida por Bourdieu e Passeron (2014), a desigualdade social é fruto da presença ou não de fatores e precondições sociais, morais, econômicos, culturais e existenciais, transmitidos através da herança familiar afetiva, que permitem a reprodução das classes sociais, as quais não devem ser entendidas sob uma perspectiva meramente econômica, portanto.

Não é a renda que define o pertencimento a uma classe, como pensa o senso comum e as concepções “científicas” baseadas nos preconceitos do senso comum. Ao contrário, a renda é mero efeito de fatores não econômicos — ainda que condicionados por uma condição socioeconômica particular — aprendidos em tenra idade. O que é sempre escondido e nunca percebido nessa questão é o fato de que as classes sociais se produzem e se reproduzem, antes de tudo, “afetivamente” por herança familiar. (SOUZA, 2009, p. 404)

Souza (2009) explica que a herança familiar afetiva consiste no aprendizado de certos valores e atributos reputados importantes que formam o chamado capital cultural, a partir da

identificação afetiva com as figuras parentais (ou com quem cumpra esse papel). A classe média, dominante em nossa sociedade, ensina a seus filhos não só "como se comportar" (disciplina e autocontrole), mas também a ter "autoconfiança" (certeza do próprio valor), atributos responsáveis pelo sucesso no competitivo mercado de trabalho e que ajudam a superar as dificuldades e desafios com esperança e confiança.

Assim, a assimilação desses privilégios sociais ocorre via herança familiar ao longo da vida desde a infância, mas sua aceitação depende da crença popular sedimentada no senso comum de que são produto do "talento natural" e, portanto, do mérito, pois parte-se da premissa de que todos os indivíduos dispõem das mesmas condições e oportunidades para se desenvolverem. Há, desse modo, uma dissociação do aprendizado social (herança familiar) do aspecto individual (mérito); ignora-se que o indivíduo herda uma "economia moral" responsável pelos seus privilégios, atribuindo-se seu sucesso ao mérito próprio advindo do esforço individual (SOUZA, 2009).

A partir dessa perspectiva, o pobre passa a ser visto como alguém que escolheu o próprio fracasso, seja por preguiça, inépcia ou maldade, e não como mero "azarado". Na visão da classe média, o pobre ostenta todas as condições necessárias para vencer na vida, basta que se esforce e trabalhe o suficiente para ascender socialmente.

Como a classe média, a principal classe "suporte" dos valores dominantes — que é também a classe da maioria dos intelectuais, jornalistas, políticos, juízes etc. —, tende a generalizar para todas as outras classes sua própria experiência do mundo [...] as capacidades da disciplina, do autocontrole, do cálculo prospectivo que permitem a ideia e a prática da noção de personalidade autorresponsável e racional, que são na realidade as causas sociais da posição dominante das classes média e alta, são simplesmente "supostas" como características universais de todas as classes sociais. É isso que permite [...] a pseudocrítica liberal das classes marginalizadas como culpadas da própria exclusão e miséria [...] (SOUZA, 2009, p. 404)

No entanto, a classe mais baixa da nossa sociedade, definida provocativamente por Jessé Souza como ralé brasileira (SOUZA, 2009), não somente é privada dos capitais econômico e cultural, como também é desprovida dos fatores e precondições necessários para consegui-los, visto que relegada ao abandono social e político; só é percebida no debate público como um conjunto de "indivíduos" carentes ou perigosos, "tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais, tais como 'violência', 'segurança pública', 'problema da escola pública', 'carência da saúde pública', 'combate à fome' etc." (SOUZA, 2009, p. 21).

Essa classe esquecida e marginalizada é, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar, o público-alvo favorito do sistema de perseguição criminal, daí falar-se em



“seletividade do sistema penal”. Isso se dá porque as instituições como um todo, e em particular as responsáveis pela administração da justiça, refletem nas suas práticas os valores próprios da classe média, dentre eles a concepção de que sucesso e fracasso são resultados do esforço individual, sem qualquer influência de outros aspectos sociais.

### ***5.2.2. Centralidade da proteção jurídica ao patrimônio e à família “tradicional”***

O estudo da história do direito no Brasil nos mostrou como os interesses das classes dominantes moldaram ao longo do tempo a composição social do campo jurídico e o próprio ordenamento jurídico nacional a partir da perspectiva neoliberal e conservadora importada da Europa.

Segundo Bourdieu (1989), o direito, assim como os demais sistemas simbólicos, exerce a função social de agregar os indivíduos de um determinado grupo social sob uma mesma visão de mundo entre eles compartilhada, criando uma identidade cultural, porém também exerce funções políticas, na medida em que serve, de fato, aos interesses particulares da classe dominante, os quais tendem a se apresentar como interesses universais e, portanto, comuns ao conjunto do grupo, reproduzindo a cultura dominante e contribuindo para a conservação da ordem social.

Assim, a lei e o direito, disfarçados de justiça e de ciência, impõem a cultura legítima definida pelas classes dominantes, sendo o juiz o responsável por garantir a aplicação do arbitrário cultural, legitimando-o.

Diversos reflexos da violência simbólica provocada pelo arbitrário cultural podem ser observados na legislação penal, a qual historicamente prioriza a proteção ao patrimônio, à família e aos bons costumes, punindo severamente as condutas tendentes a divergirem do considerado moralmente aceitável pelas classes dominantes.

Até 2005, por exemplo, era possível responder pelos crimes de sedução, rapto e adultério, cujos dispositivos previam o seguinte, respectivamente:

#### **Sedução**

Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

#### **Rapto violento ou mediante fraude**

Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

**Rapto consensual**

Art. 220 - Se a raptada é maior de catorze anos e menor de vinte e um, e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Diminuição de pena**

Art. 221 - É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família.

**Adultério**

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

A carga moral e patriarcal dos dispositivos acima citados se evidencia pela proibição, punida penalmente, da prática de relações sexuais por homens adultos com mulheres entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos, ainda que com seu consentimento – proibição inexistente para mulheres adultas que mantivessem relações com homens da mesma faixa etária –, bem como pela terminologia “mulher honesta” e pela criminalização do adultério, buscando-se claramente proteger a família e o casamento tradicionais sob a perspectiva masculina.

Atualmente, o arbitrário cultural se manifesta pela prevalência da proteção ao patrimônio e, de forma indireta, da família, ao se criminalizar o uso e tráfico de entorpecentes, este último inclusive como crime equiparado a hediondo, embora raramente implique em violência ou grave ameaça a pessoa, atribuindo-se sua gravidade ao mal que faz à sociedade por destruir famílias em decorrência do vício que impõe aos usuários.

Não por acaso, os crimes punidos mais severamente em nosso Código Penal são o latrocínio (vinte a trinta anos de reclusão) e a extorsão mediante sequestro com resultado morte (vinte e quatro a trinta anos de reclusão), previstos nos arts. 157, §3º, II e 158, §3º, ambos crimes patrimoniais e hediondos, superando as penas previstas para o homicídio qualificado (doze a trinta anos de reclusão), o feminicídio (doze a trinta anos de reclusão), estupro com resultado morte (doze a trinta anos de reclusão) e estupro de vulnerável com resultado morte (doze a trinta anos de reclusão), previstos respectivamente nos arts. 121, §2º, 121, §2º, VI, 213, §2º e 217-A, §4º, todos do CP.

Já o tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, é punido com pena de reclusão que vai de cinco a quinze anos em sua forma simples, pena que pode ser exasperada em razão da incidência de diversas causas de aumento e do concurso com outros tipos penais, como a associação para o tráfico. É interessante notar que o crime de tráfico de drogas busca tutelar a saúde pública, porém a finalidade do agente que o comete, sem dúvida alguma, é o “lucro fácil”, assim como ocorre com os crimes patrimoniais, o que evidencia a natureza econômica do delito.

Howard Becker, em sua obra *Outsiders* (2008), descreve a forma como determinados grupos sociais se responsabilizam por definir que comportamentos devem ser havidos como desviantes e, portanto, punidos pela sociedade.

Segundo o autor, as regras se originam, de modo geral, da iniciativa de pessoas que – por acreditarem poder, de alguma forma, contribuir para extirpar o mal da sociedade – empreendem verdadeira cruzada moral contra as situações que lhes parecem insustentáveis ao bem-estar da comunidade, de acordo com sua própria concepção de valores, os chamados *criadores de regras*. Não é que o cruzado moral tente impor sua própria moral aos outros, apenas; ele acredita que, se as pessoas agirem de acordo com o que julga certo, isso será bom para elas também, revelando uma motivação humanitária em seu intento (BECKER, 2008).

Nem sempre a cruzada moral é bem-sucedida a ponto de criar uma nova regra, válida para todos. Por outro lado, quando a regra é estabelecida, cria-se um verdadeiro aparato de imposição da norma, e a cruzada torna-se institucionalizada. Assim, “o que começou como uma campanha para convencer o mundo da necessidade moral de uma regra torna-se finalmente uma organização dedicada à sua imposição” (BECKER, 2008, p. 160). O resultado final da cruzada moral é, então, uma *força policial* responsável pela imposição das regras, representada em nossa sociedade por todas as instituições que integram o sistema de segurança pública e justiça criminal (polícias, Ministério Público e Judiciário), no que diz respeito às condutas consideradas graves o suficiente para configurarem crimes.

Segundo dados coletados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ao realizar pesquisa sobre audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares encomendada pelo CNJ, 22,1% das pessoas apresentadas à audiência de custódia foram presas em flagrante por roubo, enquanto 16,9% foram presas por tráfico de drogas, sendo os dois crimes que mais resultam em prisões em flagrante (CNJ, 2018a).

**Figura 8:** Crimes de que são acusadas as pessoas detidas apresentadas às audiências de custódia

CRIMES	FREQ	%
ROUBO	235	22,1%
FURTO	149	14,0%
TRÁFICO	180	16,9%
LESÃO CORPORAL	19	1,8%
LATROCÍNIO	2	0,2%
HOMICÍDIO TENTADO	23	2,2%
HOMICÍDIO CONSUMADO	8	0,8%
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	83	7,8%
ESTELIONATO	17	1,6%
RECEPTAÇÃO	117	11,0%
OUTROS	229	21,6%
<b>TOTAL</b>	<b>1062</b>	<b>100,0%</b>

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Ainda segundo a mesma pesquisa, dessas pessoas apresentadas à audiência de custódia, boa parte tem a prisão em flagrante convertida em preventiva (CNJ, 2018a).

**Figura 9:** Distribuição das decisões das audiências de custódia segundo o tipo de crime, em porcentagem

TIPO DE CRIME	DECISÃO									TOTAL GERAL
	CONVERSÃO EM PREVENTIVA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE	LP SEM CAUTELAR	LP COM CAUTELAR	LP E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E DECRETAÇÃO DE PREVENTIVA	RELAXAMENTO DO FLAGRANTE E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	LP COM CAUTELAR E ENCAMINHAMENTO PARA ASSISTÊNCIA	NI	
ROUBO	86,8%	0,9%	0,9%	10,6%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,8%	100%
FURTO	30,2%	3,4%	2,7%	52,3%	2,7%	0,0%	0,0%	8,7%	0,0%	100%
TRÁFICO	57,2%	7,8%	1,1%	31,1%	1,1%	0,0%	1,1%	0,6%	0,0%	100%
LESÃO CORPORAL	26,3%	10,5%	0,0%	63,2%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
LATROCÍNIO	100,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
HOMICÍDIO TENTADO	87,1%	4,3%	0,0%	4,3%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	4,3%	100%
HOMICÍDIO CONSUMADO	75,0%	0,0%	0,0%	25,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	39,8%	2,4%	1,2%	53,0%	1,2%	0,0%	0,0%	2,4%	0,0%	100%
ESTELIONATO	5,9%	0,0%	0,0%	70,6%	0,0%	23,5%	0,0%	0,0%	0,0%	100%
RECEPTAÇÃO	36,8%	7,7%	0,0%	53,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,9%	1,6%	100%
OUTROS	43,7%	3,9%	3,1%	47,2%	0,0%	1,3%	0,0%	0,4%	0,4%	100%

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Segundo o relatório do CNJ (2018a), o tipo de crime parece fortemente correlacionado

à decisão tomada na audiência de custódia sobre a necessidade de aguardar o julgamento no cárcere, sendo que o roubo (seguido ou não de morte) é o crime em que a prisão é mais frequente, mais até do que o homicídio. Já o tráfico de drogas merece destaque na análise por ser um crime sem violência e que desperta nos juízes a preocupação com a prisão processual.

No mesmo sentido, durante as entrevistas, foi possível perceber uma forte carga moral dos magistrados direcionada aos crimes de roubo e tráfico, considerados pela maioria como delitos muito graves:

*Tem colegas que consideram o roubo inaceitável, que tem que ser preso mesmo, porque invade a esfera pessoal, ou considera que é muito ousado. Eu já não considero tanto assim, né? Às vezes eu considero o tráfico mais grave, porque... Depende muito da situação, então eu pondero... Eu acho que é um critério muito subjetivo mesmo do quê que eu acho de cada delito. [...] Eu olho, por exemplo, a pessoa tá cometendo dois roubos, tá desempregado, fala que não tem meio de sustento, é, pergunta sua atividade, o quê que faz e passa o dia em casa, eu vejo que através de garantia à ordem pública, é muito provável que com esse perfil ele volte a delinquir... Passou por uma audiência de custódia por roubo, foi liberado, tá desempregado, não buscou nenhuma atividade, não comprovou nada, supostamente praticou outro roubo, aí pra mim a ordem pública fica meio que abalada porque é muito provável que ele volte a praticar alguma coisa assim nesse sentido. (Juiz A)*

A Juíza B explicou que a maioria dos magistrados, em particular os que não atuam em varas especializadas de tráfico, têm uma visão muito negativa a respeito desse tipo de crime, tendendo a converter os flagrantes de tráfico em prisão preventiva:

*[...] os juízes que não são da VECUTE, eles têm essa visão assim de que 'não, o tráfico, não'. Então, assim, cometeu um tráfico, ele não tem antecedente nenhum, ele trabalha, ele tem endereço certo 'mas é tráfico, converte'. Assim, é uma visão geral, percebo isso. Então, sempre depois de um plantão tem muita conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva quando o crime é tráfico de drogas. (Juíza B)*

No entanto, a magistrada revelou ser favorável à manutenção da prisão mesmo nos casos em que o crime é de pequena monta e cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, quando ficar demonstrado que o agente já o praticou diversas vezes anteriormente, ilustrando seu entendimento com uma situação concreta vivida no interior, em que um sujeito já havia sido preso inúmeras vezes por furtar galinhas, tendo decidido por mantê-lo custodiado para “resguardar a sociedade”.

*[...] ele tinha um apelido, não sei se era Tião Galinha, alguma coisa galinha. 'Ai, eu estou preso aqui só porque eu roubei uma galinha', aí eu falei 'ah, você é o fulano!'. Eu já sabia de nome, porque ele tinha tanto processo lá. 'Você é o fulano de tal.' [risos] 'É, sou eu, doutora. Eu estou aqui, mas só peguei uma galinha.'. Aí eu falei 'eu sei, eu sei que você está preso aí por isso, mas sabe qual é o problema? É que*

*you stole a chicken, I let you go, now you go there and catch another, now I let you go. You go there and catch another, I let you go... I've done this so many times that now you will have to stay here a little, I don't know how. I know it was only a chicken, but you only know how to do this in your life, you don't know how to do anything else in your life. I've done this so many times I've let you go, fulano. So, for this, because of this, you will have to stay here now'. This is a typical case of the high probability of reiteration of a criminal act, the theft of a chicken is a joke. It was neither theft, nor a crime, it was a theft, it was not violence. A chicken? How much is a chicken? I don't know, but in the end, it's this situation, sometimes the thing is small but sometimes the person does so many times that small thing, sometimes, you need to protect society. (Juíza B)*

Já o Juiz C considera o tráfico o “mal maior de qualquer sociedade”, haja vista que, muitas vezes, “é a origem de todos os outros problemas sociais”, opinião compartilhada pelo Juiz D, para quem “o tráfico de drogas é o grande responsável pelo aumento da violência” no país:

*I consider that drug trafficking should have a more careful analysis because, in my view, drug trafficking, many times, is the origin of all other social problems, né. Well, maybe I don't know if there will be other questions about this situation, but in the end, I consider that drug trafficking is the greatest evil of any society. Understood? So, people have to have rigor and care at the same time in that situation in concrete. The situation that is brought to you, because many times it is not drug trafficking. (Juiz C)*

*Drug trafficking is different from other crimes, why? Because, mainly, who works in that area of homicides knows that drug trafficking never comes alone. So drug trafficking brings along other various types of crimes, among them homicides, thefts, robberies, and various other types of crimes that are directly associated with drug trafficking. Today in this country a large part of homicides come from drug trafficking... As for drug trafficking, it's a matter of control, it's a matter of control of two addicts for a stone or a serious matter of other things, or even the organized crime. So in my personal conception of drug trafficking in this country today, it is the main responsible for the increase in violence in this country. Beyond the more frequent consequences that cause in the social: disintegrate families, destroy lives, in the end, a series of questions. (Juiz D)*

A Juíza E entende que a grande demanda de processos que envolvem crimes de roubo não é fruto apenas de circunstâncias econômicas e sociais e da falta de políticas públicas de combate à criminalidade, mas também resulta da flexibilização da educação doméstica no seio familiar, cuja função seria transmitir às crianças e adolescentes a importância do estudo e da disciplina:

*[...] crimes against property are ours... our main demand, mainly robberies. I don't manage to see this as a result exclusively of an economic and social question, it is, in my view, something that has a lot more to do with it. Since... it's... lack of... let's say... of commitment of public policies aimed at fighting crime specifically, as for other questions, really, little education... [...] I think that people can also put, that I perceive that really, there was a lot of flexibility*

*grande na educação de crianças e jovens no seio familiar, vamos dizer assim, na estrutura da nossa sociedade. [...] Aquelas coisas que a gente aprende desde criança em casa, é, que a gente não aprende só na escola, a gente aprende em casa, na família, com os exemplos que a gente tem, é, isso aí tá muito falho hoje em dia. Então assim, da minha geração pra cá, eu acho que houve uma flexibilização muito grande nas regras... é... nas regras domésticas, né? Do quê que é importante pro meu filho, colocar pra estudar, exigir que ele tenha disciplina. (Juíza E)*

Para a magistrada, a pobreza econômica não justifica a ausência de esforço e comprometimento com a educação formal, cuja relevância deve ser transmitida pela família, a fim de que os jovens “possam fazer de sua vida uma coisa melhor”:

*[...] se desde casa você ensinar da importância da escola, da importância da... da importância de se dedicar... você já vai ser um aluno que não vai faltar aula, já vai ser um aluno que vai ser cobrado nos resultados, né? E, ainda que você vai pra uma escola que não seja tão boa, que seja uma escola pública e tal, você vai fazer... É... o melhor possível com aquele contexto, né? E a gente vê isso todo o dia, né? Quantas e quantas pessoas que nascem em famílias humildes, né? E de pessoas não instruídas, mas que recebem os princípios básicos e necessários pra dar valor ao ensino, pra dar valor ao estudo e fazer da sua vida uma coisa melhor, né? (Juíza E)*

Segundo a magistrada, parte do problema que envolve a flexibilização da educação doméstica é causada por questões sociais, como a falta de estrutura familiar, porém aduz que não é a regra, já que os jovens se envolvem em delitos mesmo tendo uma família estruturada, a qual se mostra incapaz de ensinar princípios de honra, moral e ética:

*Por um motivo ou por outro, essas crianças cresceram sem a disciplina e sem os limites que eles tinham antigamente. Porque que eu digo por um motivo ou por outro? Porque às vezes tem um cunho social... do tipo, é... os pais são separados ou nunca foram casados e a mãe é obrigada a sustentar aquele filho, então ela vai pra rua pra trabalhar e esse filho cresce meio que abandonado, né? Abandonado que eu digo é sem acompanhamento, né? Meio que entregue a vizinho, entregue a terceiros, ao irmão mais velhos, né? Do tipo... Ele não tem muito... muita supervisão, né? Então você tá... a mãe não sabe se ele realmente foi pra aula, né? Se ficou na rua... E eu creio que essa falta de limites, essa liberdade, essa falta de disciplina, essa falta de estrutura familiar também tem um peso nessas consequências, né? Só que eu te digo que isso não é a regra assim, porque muitos deles têm estrutura familiar... Foram criados com família com pai, com mãe. O pai é trabalhador, às vezes é pastor de igreja. E essas pessoas costumam vir aqui quando os filhos são presos, eles vêm, eles tentam... eles pedem pra falar comigo, eu os atendo. Então o que eu percebo é que o nosso jovem ele tá sem perspectiva, né? Sem preocupação. Aquela coisa que se criavam antigamente do filho ensinando princípios de honra, de moral, de ética, né? (Juíza E)*

Afirmou, por fim, que os jovens por vezes revelam que cometeram crimes a fim de adquirir dinheiro para ir a festas, porém muitas vezes não sabem sequer explicar sua motivação, aduzindo que isso se deve à falta de valores morais, situação agravada pelas novelas, as quais “não servem de bons exemplos”:

*Então eu percebo que hoje, é... os réus dos nossos processos são pessoas com quem eu converso, sou obrigada a conversar diariamente nas nossas audiências. E, é... muitas vezes eu pergunto pra eles, né? Coisas sobre a vida deles, sobre o que levou eles àquela situação, quais os motivos, né? E em geral eles não sabem explicar. Geralmente eles não sabem explicar. Ou têm uma motivação superficial, muito fútil do tipo, é... 'eu queria dinheiro pra ir pra festa', é... ou eles realmente não conseguem explicar. E é... pra mim eu faço uma análise da seguinte forma: se o motivo é fútil, não havia uma necessidade real ou se ele nem sequer sabe explicar o motivo, é porque os valores morais, os princípios, né? [...] Eu acho que hoje em dia em vez de ele ouvir os pais nesse sentido, eles crescem assistindo novela, então cresce assistindo novela que é um ambiente onde tem muitas tramas e onde mostram é... vamos dizer assim, realidades fictícias, onde é muito fácil a pessoa se tornar rico, milionário, cometendo crimes, irregularidades, né? Casando por interesse... Enfim, essas coisas assim bem... Que não servem de bons exemplos, né? Eu acho que são muitos fatores, no meu ponto de vista, mas com certeza estão relacionados à educação dos nossos jovens... (Juíza E)*

No entanto, a cultura do consumo (festas, riqueza etc.) citada pela magistrada não deixa de ser uma imposição do arbitrário cultural criado pela classe dominante, a qual estimula os jovens das classes menos favorecidas a almejamem os mesmos bens materiais objeto de desejo dos “ricos e poderosos”, movimento observado nos chamados “rolezinhos” de jovens pobres em shoppings da alta sociedade ocorridos no fim de 2013 e início de 2014<sup>11</sup> e no atual *funk* “ostentação”, por exemplo.

Assim, o discurso dos magistrados revela que suas decisões são respaldadas em suas próprias convicções morais em detrimento da técnica e da realidade social brasileira, valendo-se de argumentos que ocultam a prioridade dada à proteção do patrimônio das classes abastadas e de valores conservadores como “disciplina” e “família estruturada”, reproduzindo o ciclo de dominação e de segregação que é produto e, ao mesmo tempo, produtor da enorme desigualdade social existente no país.

A luta simbólica para impor a visão de mundo e as categorias de pensamento dos grupos é, segundo Bourdieu (2004), um dos desdobramentos do que chama de *lutas de classificação*, dimensão fundamental da luta de classes, cujo objetivo é a hierarquização e o monopólio dos princípios e modos legítimos de percepção e de ação no mundo social.

### **5.3. Prisão e legitimação social da magistratura**

Um outro aspecto percebido no discurso dos magistrados entrevistados diz respeito ao uso da prisão preventiva como ferramenta de combate à impunidade e à sensação de insegurança em defesa da coletividade, o que transforma a segregação cautelar em mera antecipação de pena contra indivíduos indesejáveis e, em última análise, em instrumento de

<sup>11</sup> Conforme noticiado em <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/rolezinhos-discriminacao-social.htm>>.



exercício de poder simbólico por parte dos juízes com o fim de legitimar a magistratura enquanto categoria, o Poder Judiciário enquanto instituição e suas próprias posições sociais de distinção e dominação dentro e fora do campo jurídico.

De fato, a elevada concentração de poder simbólico na pessoa dos juízes faz com que gozem de um prestígio social que ultrapassa o campo jurídico e, portanto, a vida profissional, situando-os na escala mais alta da hierarquia social global. Segundo Bourdieu (2001), o poder simbólico se exerce:

[...] de maneira invisível e anônima, através das ações e reações, à primeira vista anárquicas, mas de fato estruturalmente coagidas, de agentes e instituições inseridos em campos concorrentes e complementares [...] e envolvidos em circuitos legitimadores de trocas cada vez mais distendidos e mais complexos, por conseguinte ainda mais eficazes simbolicamente, dando cada vez mais lugar, ao menos potencialmente, aos conflitos de poder e de autoridade. (BOURDIEU, 2001, p. 124-5)

Nesse sentido, Bourdieu destaca o papel central do Estado enquanto instituição capaz de impor de modo “universal, na escala de certa instância territorial, princípios de visão e de divisão, formas simbólicas, princípios de classificação”, sendo o poder simbólico pautado na capacidade de “produzir um mundo social ordenado sem necessariamente dar ordens, sem exercer coerção permanente”. Assim, para o autor, a forma primária de acumulação do capital estatal se realiza no plano *simbólico*, sendo o Estado o principal produtor de instrumentos de construção da realidade social, percebidos na forma de “isso-é-óbvio coletivo” na escala de um país (BOURDIEU, 2014, p. 228-229 e 231).

Segundo Bourdieu, o direito tem a função de consagrar a ordem estabelecida ao reconhecer como legítima uma visão dessa ordem, que é uma visão de Estado e garantida pelo Estado – e por seus agentes, inclusive os juízes –, agindo como em suplemento de sua dominação simbólica ao “formalizar” e ao “colocar formas nas relações de poder” (BOURDIEU, 1989).

Dessa forma, o Estado, composto por uma espécie de “nobreza togada” formada por juristas e legisladores, se vale do direito para legitimar a cultura legítima imposta pela classe dominante, o que permite que essa mesma classe reproduza a dominação de que é detentora com o reconhecimento e a aceitação dos dominados.

### ***5.3.1. Mídia, opinião pública e punição***

Um dos debates mais relevantes atualmente sobre a atuação do Poder Judiciário diz

respeito à influência da mídia e da opinião pública nas decisões judiciais, a qual é apontada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como uma ameaça à independência judicial e, via de consequência, uma das causas do uso excessivo das prisões cautelares (CIDH, 2013a).

O Juiz A destacou a grande repercussão social da matéria criminal e a consequente cobrança por “respostas” por parte da sociedade (*“Eu já recebi famílias aqui que vinham falando: ‘Por quê que esse cara não tá preso? [...]’, sendo que não tinha nem pedido de prisão preventiva pra essa pessoa específica”*, Juiz A).

Segundo o entrevistado, há uma grande dificuldade em explicar para os familiares das vítimas que os réus têm direitos e garantias, e que nem sempre a resposta repressiva é adequada e necessária, o que resulta em críticas à atividade jurisdicional (*“[...] assegurar que essas garantias sejam cumpridas, algumas pessoas ainda veem com olhos negativos”*, Juiz A).

Para a Juíza B, a sociedade em geral é absolutamente intolerante ao crime e ao criminoso, desejando, se possível for, o seu extermínio (*“A população quer sangue, a população quer ‘cortem as cabeças, bandido bom é bandido morto’. Isso é o que quer a população”*, Juíza B), papel que, a seu ver, não cabe ao Poder Judiciário, o qual deve decidir com base em seu conhecimento técnico da lei e do direito, ainda que de forma contramajoritária (*“Por isso ele [Judiciário] tem que ser forte e independente porque ele vai sofrer críticas da população quando ele decidir em favor do réu, contra a vontade do popular”*, Juíza B).

O Juiz A destacou a forte avaliação social a que são submetidas suas decisões, inclusive da parte dos próprios funcionários da vara, especialmente nas ocasiões em que determinou a soltura de alguém que, na percepção da sociedade, deveria permanecer preso. Disse, ainda, haver uma “cobrança velada” por punição e uma percepção social de que a garantia de direitos previstos em lei implica em convivência com a criminalidade.

*[...] existe essa cobrança velada, existe essa... essa fama, entre aspas, que um juiz pode pegar “ah, extremamente liberal, pode fazer nada que ele não prende nada”, né? E existe também o próprio Ministério Público, “é inadmissível que a pessoa fique solta e tal”, né? [...] Eu não tô fazendo nada de errado, eu simplesmente tô garantido que a pessoa tenha os seus direitos preservados e como naquele momento eu tenho a possibilidade de relativizar essas garantias, esses direitos, o fato de eu não fazer uso disso já é um mal estar. [...] existe uma percepção social de que a nossa legislação é fraca, a nossa legislação foi formulada pra beneficiar bandido, então a ideia é de que o juiz ao aplicar a legislação vigente tá sendo conivente com isso. (Juiz A)*

Chama atenção como o magistrado registra a atuação do Ministério Público no sentido de se manifestar a favor da prisão de alguém sem fazer uma análise criteriosa a respeito da necessidade e adequação da medida, fazendo coro com a opinião pública, mesmo quando não se revela razoável a manutenção da segregação cautelar, o que parece indicar certa estratégia de legitimação social da instituição a partir da satisfação dos anseios populares, ainda que para isso a ordem jurídica seja violada.

A Juíza B ressaltou que sempre procura analisar o caso concreto para decidir a respeito da necessidade ou não da prisão, independentemente do que a opinião pública ou a mídia esperam que faça, o que já lhe rendeu representação de iniciativa do Ministério Público contra sua pessoa, embora a irrisignação do promotor de justiça girasse em torno apenas do mérito de decisão favorável à soltura de determinada pessoa, e não à sua atuação ético-profissional em si (“[...] *Eu já respondi representação do Ministério Público contra mim [...] era um verdadeiro ataque a minha independência funcional. Eles não concordam com a minha forma de decidir, não é que eu tenha feito nada de errado, é ‘não concordo que você solte’*”, Juíza B).

Na visão da magistrada, o Ministério Público frequentemente atua visando a satisfazer a opinião pública, assumindo um caráter eminentemente “punitivista”, o que não se compatibiliza com sua função constitucional de “fiscal da lei” (“[...] *em geral, a opinião pública que quer sangue [...] casa com muitos promotores, e isso, infelizmente, eu digo isso com pesar, porque para mim a Instituição do Ministério Público é mais elevada do que isso*”, Juíza B).

Essa fala dá indícios de que o campo jurídico também é um campo de disputas políticas por posicionamento de indivíduos e também de instituições, as quais se digladiam em busca de cada vez mais garantias, prerrogativas e privilégios, por vezes fazendo uso do populismo penal e do punitivismo para angariar o apoio da opinião pública em favor de suas agendas.

O campo jurídico é, sem dúvida alguma, um campo altamente hierarquizado, estando o Judiciário em seu topo, seguido de perto do Ministério Público, enquanto que as instituições policiais dividem espaço com as demais carreiras jurídicas nos estratos inferiores. Essa discrepância de prestígio social ocasiona acentuadas disputas interinstitucionais por legitimação social e valorização da carreira, as quais ocorrem não apenas no plano político, mas também no plano da atuação institucional.

A cultura da punição é, segundo o magistrado A, reforçada pela própria imprensa, a qual oferece maior destaque às condenações que às absolvições em suas publicações, prática

percebida pelo entrevistado dentro da própria assessoria de imprensa do TJAM (“*Quando a gente preside o Tribunal do Júri, o próprio Tribunal gosta de divulgar, quando é uma condenação a repercussão da condenação é maior que a repercussão de uma absolvição. [...] Na mídia como um todo... Uma condenação repercute mais que uma absolvição.*”, Juiz A), percepção compartilhada inclusive no que diz respeito às audiências de custódia (“*[...] parece que quando a justiça prende, a justiça tá sendo efetiva, a justiça está dando uma resposta à sociedade, quando ela solta, ela tá passando a mão na cabeça.*”, Juiz A).

Disse, ainda, ter sentido em algumas ocasiões o peso da repercussão negativa dada pela imprensa a decisões judiciais que contrariaram a opinião pública ou interesses de grupos com acesso à mídia, revelando que os meios de comunicação podem influenciar o magistrado a decidir de uma forma ou de outra, haja vista a grande exposição da figura do juiz ao julgamento popular:

*Quem falar que não pesa tá mentindo, né? Pesa. A gente busca maneiras de fazer não pesar, nós buscamos não nos importar tanto, né? Nós buscamos não, não, não dar relevância, porque a gente é vitrine pra pedrada. [...] a gente tem noção do nosso papel, a maioria tem noção do nosso papel, que a gente vai ser criticado [...] É difícil nos dias de hoje, de mídias sociais, e de julgamento relâmpago sobre personalidade, sobre quem a pessoa é; é difícil você não dar, eu vou te dizer uma coisa, é ruim externar essa preocupação, porque não é um motivo legítimo para um posicionamento, é, e quando ocorre é tentar deixar passar. (Juiz A)*

O Juiz D, por seu turno, declarou não se deixar influenciar pelas pressões midiáticas pois entende que o magistrado deve guardar uma “certa reserva” para se manter “de toda forma imparcial”, aduzindo que é preciso garantir, porém, “[...] o direito à sociedade e aos meios de comunicação de divulgarem porque isso também é importante que a sociedade veja que a lei é aplicada, que o judiciário funciona, mas da mesma forma guardando a imparcialidade pra evitar qualquer tipo de contaminação” (Juiz D). É curioso notar como o magistrado defende a “imparcialidade” do judiciário, mas, ao mesmo tempo, sustenta que este deve “prestar contas” à sociedade mostrando que “a lei é aplicada” e que o “judiciário funciona”, o que claramente se refere a um viés punitivo.

A Juíza E, por seu turno, se referiu à imprensa como uma fonte de críticas ao judiciário, particularmente no que diz respeito ao superencarceramento e à formação da opinião pública sobre este tema, e não como um risco à independência judicial:

*Eu acho que é, o jornalismo, a imprensa é importante porque é formadora de opinião. Então, é, a mídia que é formadora de opinião pode manipular as informações, tanto pra um lado quanto pro outro, né? Então efetivamente, é, se você se restringe a noticiar e deixar que, é, o espectador, o leitor faça o seu juízo a*

*respeito da notícia, é uma coisa. Mas em geral, hoje em dia, a imprensa não apenas notícia, ela notícia e dá a conotação da forma como ela entende que é importante. Então, é, isso gera, é, vamos dizer assim, formação de juízo que pode ser equivocado ou não, né? Por quê? Porque há muitos presos? Há! Mas há muitos crimes. Então como se espera que haja poucos presos se há muitos crimes, né?* (Juíza E)

Ainda no roteiro da entrevista, incluí provocativamente um questionamento sobre a avaliação que cada magistrado faz da expressão “a polícia prende e o juiz solta”, haja vista sua relação com a opinião pública a respeito da atuação do judiciário.

Para o Juiz A, o discurso de que “a polícia prende e o juiz solta” representa, na sua visão, uma tentativa por parte de alguns agentes das forças de segurança pública de desestabilizar o Poder Judiciário e, com isso, capitalizar-se social e politicamente, valendo-se desse discurso para concorrer a cargos políticos.

*Então o fato de ter esse negócio “ah, a polícia tá fazendo o trabalho dela, mas o juiz vai lá e solta”, na realidade, no meu ponto de vista, é uma maneira de tentar abalar a instituição, né? E uma maneira que muitos policiais se utilizaram pra fazer a promoção pessoal e política. Se a gente for olhar perfis sociais em redes sociais e tudo, os políticos que se lançaram através de carreiras policiais, antes do seu próprio nome tem a carreira “delegado fulano, militar fulano, capitão fulano”, não sei o quê. Então existe, entre aspas, essa boa fama que querem empregar a eles ignorando a existência da tortura, ignorando a existência de diversos ilícitos, né? Então como os juizes ficam excluídos dessas questões eleitorais, dessas questões políticas, como participantes e tudo, apenas fiscalizando e aplicando as leis nas eleições, é uma maneira de autopromoção das instituições que fazem uso do voto e ao mesmo tempo pra abalar, no meu ponto de vista, o judiciário.* (Juiz A)

Já a Juíza B respondeu que “o Brasil prende muito e prende mal”, e que o magistrado não pode se furtar da responsabilidade de analisar a prisão e, se for o caso, relaxá-la ou conceder a liberdade ao indivíduo quando a prisão não for estritamente necessária (“[...] se cabe ao juiz analisar os autos da prisão em flagrante e ver se ele está de acordo com a lei ou não, se ele é necessário ou não, então, quem vai soltar se não for o juiz?”, Juíza B), posição compartilhada pelo Juiz C (“A polícia prende e o juiz solta se for para soltar, e o juiz mantém preso se for para manter preso, entendeu? A gente está analisando a situação legal da prisão. Enfim, mais uma expressão que, às vezes, causa confusão” Juiz C).

A magistrada B disse, ainda, concordar com a percepção de que alguns indivíduos e instituições se valem do populismo penal para se promover politicamente, o que se explica pelo fato de que “prender dá voto, soltar não dá”, enfatizando sua visão de que o punitivismo tem encontrado muito respaldo popular.

O Juiz D, por sua vez, entende que esse tipo de pensamento “vem da sociedade”, e não “da polícia ou de qualquer setor público”, aduzindo que o fato de policiais concorrerem a

cargos públicos “é mais fruto da insegurança e da criminalidade que a gente vive hoje nas ruas” e do “fato da lei ser permissiva e não ter exemplo de punição” (Juiz D).

Já a Juíza E entende que a frase “a polícia prende e o juiz solta” está correta, pois cada instituição de fato exerce funções diferentes, cabendo ao judiciário dizer se a manutenção da prisão é necessária ou não. No entanto, esclareceu que a expressão pode “[...] se tornar cada vez mais comum se os membros do judiciário, se as pessoas que integram o judiciário não fazem uma análise adequada na hora de determinar a prisão ou a soltura de alguém” (Juíza E), aduzindo que uma análise mais flexível dos critérios legais pode produzir na população uma sensação de impunidade:

*Ele está ligado à lei? Está. Mas a lei estabelece critério que o juiz analisa, que o juiz vai avaliar; e ele vai avaliar segundo convicções pessoais, segundo convicções morais, éticas, né? O juiz é um ser humano. Então se ele tem, é, um perfil mais rigoroso, ele vai tomar... nós vamos... ele vai tomar uma decisão mais rigorosa. Se ele tem um perfil mais flexível, ele vai analisar de forma mais flexível a legislação, né? Então pode ser que essa análise mais flexível venha a ser analisada pela população como... é... impunidade, né? Nós estamos sujeitos a isso, é inerente à função, né? Seremos submetidos a esse tipo de julgamento. (Juíza E)*

Dessa forma, é possível concluir que, independentemente do perfil do magistrado, a avaliação social feita a respeito do trabalho do Poder Judiciário influencia, de uma forma ou de outra, nas práticas judiciais referentes à prisão, destacando-se como um costume enraizado na cultura judiciária a “tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas” (UNODC *apud* CIDH, 2013b, p. 02), muitas vezes devido ao temor de serem reprovados pela opinião pública e tachados de “defensores de bandidos”.

### **5.3.2. Combate à criminalidade e o “caráter pedagógico” da prisão preventiva**

Outro ponto que surgiu com bastante frequência nas entrevistas foi a percepção mais ou menos compartilhada entre os magistrados de que o Poder Judiciário exerce importante papel no contexto da segurança pública, na medida em que cabe a ele transmitir à população uma pretensa “sensação de segurança”, sendo a prisão preventiva importante ferramenta para alcançar esse objetivo, haja vista sua capacidade de oferecer uma resposta estatal imediata e eficaz ao crime, ao mesmo tempo em que serve de “lição” ao suposto criminoso, gozando de certo “caráter pedagógico”.

A esse respeito, o Juiz A mencionou a existência de uma ala de juízes que, por traumas

da vida ou experiências pessoais, têm como ideal de justiça a aplicação de penas altas aos réus em processos criminais, como uma espécie de vingança, havendo ainda aqueles que são filiados ao Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC), associação de classe que defende o recrudescimento da legislação penal e a visão de que a magistratura tem como função o “combate ao crime”, adotando viés claramente punitivista<sup>12</sup>.

*Mas também já tive casos de conhecer colegas que por traumas da vida, por situações pessoais, particulares que passaram sentem prazer em dar penas mais altas, né? É, por se sentir vingado, por se sentir, é, fazendo justiça, né? [...] O FONAJUC, é um fórum de juízes criminais que ele é voltado apenas para juízes que têm esse perfil, mais, mais, agressivo, um perfil mais... Enfim, de aplicar penas mais graves que acha que é o papel do juiz, às vezes é até muito parecido com o do Ministério Público, né? (Juiz A)*

O magistrado defendeu, no entanto, que a prisão preventiva exerce a função de oferecer uma resposta imediata ao clamor social causado pelo crime, trazendo “sensação de segurança” para a sociedade e a percepção de que o Estado está presente, “agindo para combater o crime”, o que, em sua visão, tornaria a prisão preventiva uma ferramenta eficaz de controle da criminalidade, na medida em que desestimularia a prática de outros crimes em razão do temor causado pela possibilidade de privação da liberdade.

*Primeiro ela, ela, dá uma resposta ao clamor social, do delito, né? Ela, em casos específicos previne que outros crimes continuem acontecendo. Ela traz a sensação de segurança pra sociedade e a sensação de que alguma coisa, que o Estado está presente, que o Estado está agindo pra combater o crime. (Juiz A)*

Segundo o Juiz A, a prisão preventiva goza de certo “caráter pedagógico”, no sentido de demonstrar para o indivíduo e para a sociedade que os desvios não ficam impunes, além de dissuadir o sujeito da prática de novos crimes em razão das atuais condições prisionais (“Acabou de cometer um delito, tá em flagrante, passar um tempo preso na prisão quer dizer

---

12 O II Encontro do Fórum Nacional de Juízes Criminais, ocorrido entre os dias 15 e 17 de março de 2018, em Brasília, resultou na elaboração de um documento denominado Carta de Brasília, disponível em <<https://fonajuc.com.br/2018/#carta>>, tendo sido destacados os seguintes objetivos: 1. Valorizar a imagem da Magistratura, inclusive para esclarecer à população sobre o real papel do Judiciário, bem como a responsabilidade dos demais Poderes e órgãos; 2. A urgente necessidade de elaborar uma legislação penal compatível com a realidade e as exigências sociais, a fim de que não ignore o crescente aumento da criminalidade e da corrupção, com o nefasto resultado, dentre outros, de bilhões de reais desviados do erário e dezenas de milhares de mortes anuais; 3. Recordar que os direitos fundamentais devem ser respeitados, não só dos indivíduos, mas também os da sociedade, que merece tratamento digno e segurança; 4. Alteração do paradigma hermenêutico de forma a se compatibilizar com uma aplicação da lei que atenda tanto aos direitos do indivíduo quanto da comunidade, verdadeiramente imparcial e integral; 5. Participar o Executivo sobre a necessidade do fornecimento de estrutura material e de pessoal suficiente para atendimento das necessidades de uma política criminal adequada e digna, desde o momento da prisão até o cumprimento da pena, observando e resguardando os direitos da vítima, do réu e da sociedade.

*que alguma coisa aconteceu, não tá impune, mesmo não sendo uma sentença, alguma coisa aconteceu”*, Juiz A).

*Se eu for olhar os casos que eu atuei, se eu for olhar pessoas com quem eu convivi que já passaram por um período preso preventivamente, não é que seja pedagógico, não é que ele se arrependa pelo que tenha feito, nem nada, mas é uma questão de “eu não quero mais voltar pra lá”*. (Juiz A)

A magistrada B, por seu turno, entende que a prisão preventiva ainda é um “mal necessário”, pois, embora acredite que ela será vista como algo irracional e vergonhoso no futuro (“[...] em algum momento da história da humanidade, nós vamos olhar para trás e dizer ‘nossa, a gente prendia seres humanos em jaulas, tipo animal’, e a gente vai meio que se envergonhar disso”, Juíza B), admite que ainda é um instrumento essencial para o controle do crime e da violência no atual estágio evolutivo da humanidade (“A maldade ainda é muito presente no ser humano atual, e é preciso um freio e, às vezes, o único freio possível é esse”, Juíza B).

A Juíza B ressalta que os magistrados não são agentes de segurança pública, função que cabe ao Poder Executivo, porém não podem deixar de aplicar a lei, seja para prender, seja para soltar, defendendo que o julgador precisa ter “bom senso” para não ser irresponsável no exercício de sua função (“Nós não somos agentes de segurança pública, mas a gente não pode ser irresponsável ao ponto de dizer ‘eu não estou nem aí’”, Juíza B).

Embora defenda que a prisão preventiva não deve ser utilizada como meio de correção do indivíduo, mas apenas como instrumento acautelatório do processo penal, a Juíza B reconhece que, em alguns casos, a segregação cautelar acaba gozando de certo “caráter pedagógico”, desestimulando a reincidência, efeito que atribui às péssimas condições prisionais e ao desejo do egresso de não mais retornar àquele ambiente (“[...] se eu fosse presa, e eu baixasse para uma unidade prisional que eu costumo dizer que é um inferno na Terra, eu certamente aprenderia algo com essa minha experiência”, Juíza B).

Para o Juiz C, a segurança pública está intimamente relacionada com a sensação de insegurança da população “nos atos rotineiros, dia-a-dia, ter receio de sair numa avenida, parar no semáforo e ser assaltado”, de modo que a prisão preventiva tem o enfoque de “retirar da sociedade aquelas pessoas que estão causando insegurança”.

O magistrado defende que, em determinadas situações, cabe uma atitude mais enérgica do Poder Judiciário a fim de conter a criminalidade, “para dar uma resposta”. O juiz esclarece, no entanto, que essa resposta não deve ser dada “para atender os anseios populares”, mas sim



para dar uma resposta àqueles indivíduos que eventualmente estivessem envolvidos em práticas criminosas com o fim de inibi-los de cometer delitos, acreditando que a prisão de fato tenha um caráter pedagógico (*“O cidadão repensa quando, se ele sair daquela situação, se ele vai querer cometer outro delito ou não”*, Juiz C).

O Juiz D, por sua vez, entende que a segurança pública é a “face primeira” do Estado, pois o convívio em sociedade faz com que as pessoas anseiem pela proteção estatal. Nesse contexto, o magistrado defende que a prisão *“é importante pra dar uma resposta mais imediata à sociedade de que existe ordem, de que existe lei, de que o Estado está cumprindo seu papel de segurança pública”* (Juiz D), ressaltando que ela deve ser sempre a exceção, e não a regra.

Embora o magistrado entenda que o Poder Judiciário *“não pode ser considerado um órgão de combate à criminalidade”*, visto que sua função é *“dirimir e resolver os conflitos”*, também defende que, quando o indivíduo afronta o ordenamento jurídico-penal cometendo um crime, é importante que *“o judiciário dê a resposta adequada a cada questão, sempre levando em conta a sua imparcialidade”* (Juiz D).

De acordo com o Juiz D, apenas a prisão-pena tem como efeito o fator pedagógico, *“pra ensinar de que quem comete crime vai pra prisão”*, enquanto a prisão preventiva não tem essa função, já que *“ela se destina a um determinado momento processual que naquele caso é necessário, podendo ser reavaliada a qualquer momento”* (Juiz D).

A Juíza E corrobora a opinião de que o judiciário exerce um papel importante no contexto da segurança pública ao prender pessoas que possam representar um perigo à sociedade, embora não seja sua função primária:

*[...] a minha função é conduzir a apuração de um crime para chegar a um veredicto, essa é a minha função. Mas não tem como negar que a análise que eu vou fazer de cada situação dessas, se as pessoas envolvidas precisam ou não estar presas, isso vai ter uma repercussão na segurança pública. Porque se são pessoas perigosas ou contumazes, ou se aqueles crimes geram muita insegurança, a minha atuação... ou, pelo menos, o somatório das atuações de todas as pessoas que atuam, né? Vai repercutir, sim, na segurança pública, não de uma maneira tão simplória: “ah, se tiver muita gente presa, vai ter menos crime na rua”, não de uma maneira tão simplória assim. Mas se as pessoas que necessitem estar presas estiverem efetivamente presas e o juiz contribui pra isso [...] se ele fizer essa análise responsável, isso vai respingar; necessariamente, em se ter mais segurança ou menos segurança, sem dívida. (Juíza E)*

A magistrada sustenta que a prisão preventiva tem, como efeito colateral, um caráter pedagógico, embora não tenha sido criada com essa finalidade, aduzindo que muitos réus se dizem “mudados” após ter uma experiência prisional:

*E eu não te digo isso porque eu sou a favor da prisão preventiva, eu te digo isso porque eu estou há anos lidando com, é... os réus, as pessoas que cometem crimes e eu, quase que diariamente escuto isso deles; eles efetivamente dizem: “não, eu cometia muitos crimes até ficar preso, no momento em que eu fiquei preso e fui cerceado na minha liberdade, e que eu tive que viver a realidade de uma cadeia, e que eu descobri como que aquilo podia ser prejudicial pra mim, eu passei a entender como aquilo era prejudicial pros outros”. A prisão, a segregação, seja ela em caráter preventivo ou em caráter punitivo, após a sentença condenatória, ela tem um efeito moral, sim, sobre ele, não tem jeito. Ele não vai entender que ele tá segregado por causa daqueles parâmetros lá que foram analisados, ele vai entender que ele está segregado porque ele cometeu um crime, na cabeça dele funciona dessa forma [...] (Juíza E)*

É possível extrair dos discursos dos magistrados, portanto, que a prisão preventiva acaba sendo instrumentalizada como uma espécie de pena antecipada, deixando-se de lado seu caráter cautelar de garantir a eficácia do processo, com o fim de oferecer à sociedade uma resposta penal sumária, ainda que para isso garantias e direitos sejam relativizados. Como resultado, a magistratura recebe o reconhecimento da sociedade pelos serviços prestados em prol da coletividade e acumula cada vez mais capital simbólico, legitimando-se na posição de prestígio e poder que historicamente ocupa.

### **5.3.3. Punitivismo e controle social**

Em tempos de crise política e econômica - e, por que não, social -, o discurso repressivo-punitivista ganha força no meio político e se reproduz na sociedade como um todo, ressuscitando a política de “tolerância zero” como solução para os problemas da segurança pública.

Essa tendência, que produz efeitos também no alto índice de utilização da prisão cautelar, reflete a percepção de diversos setores da sociedade – inclusive dos operadores da justiça - de que a liberdade de quem comete crimes significa impunidade, mas principalmente o sentimento de insegurança e de desconfiança no sistema:

*Uno de los elementos centrales de esta tendencia regional que apunta a un empleo cada vez mayor de la privación de la libertad como mecanismo de control social, es el endurecimiento de la prisión preventiva y sus diversos mecanismos. Estas reformas se han justificado en gran medida por la percepción de algunos sectores de que el uso excepcional de esta medida implica impunidad [...] Pero sobre todo por un sentimiento de inseguridad ciudadana y de desconfianza hacia el sistema de justicia. Por lo que en la práctica, se recurre en ocasiones a la prisión preventiva como una pena anticipada o una forma de justicia expedita, desnaturalizándose por completo su finalidad procesal cautelar [...] (CIDH, 2013a, p. 38)*

Assim, o sentimento generalizado de indignação contra uma pretensa “escalada da criminalidade”, compartilhado inclusive por juízes e promotores, subsidia quase que irrefletidamente o uso da segregação provisória como uma espécie de “justiça sumária”, uma punição prévia infligida àqueles indivíduos que, por terem violado as regras mais elementares de convívio social, são merecedores de correção imediata.

Um exemplo disso é a percepção da Juíza B a respeito do impacto das audiências de custódia na redução da população carcerária, segundo a qual, embora tenha percebido alguma redução, entende que poderia ser ainda maior, o que não ocorre devido a uma cultura de encarceramento sustentada por alguns juízes que instrumentalizam a prisão preventiva como uma forma de antecipação de pena.

*Reduziu, com certeza reduziu. Mas na minha opinião ainda reduziu pouco, diante do que poderia ter reduzido. Eu lembro que eu fiz alguns gráficos, na época, logo no começo. Todo plantão que eu faço, eu faço uma estatística. [...] Então, eu vejo que, nos meus plantões, se comparado com o de outros colegas, tinha mais soltura que o de outros colegas. E existem alguns colegas que, inclusive, é raro ter uma soltura. [risos] É todo mundo preso. Aí dizem ‘fulano tem a mão pesada’, e tem alguns que já têm a fama disso. [...] Como eu sou entusiasta da audiência de custódia, eu queria saber se ela, efetivamente na prática, estava alcançando esse resultado. E eu vi que, em muitos [casos], a prisão supera bastante a liberdade provisória, e eu sinto que em muitas ocasiões é uma antecipação da pena. Ela perde o seu caráter de cautelaridade, ela deixa de ser uma medida cautelar e ela passa a ser uma punição por ter uma transgressão daquele ser humano que ainda não foi julgado. Então, em muitas vezes, é isso, é uma antecipação da punição. (Juíza B)*

Segundo o Juiz A, “*existe uma percepção social de que a nossa legislação é fraca, a nossa legislação foi formulada pra beneficiar bandido, então a ideia é de que o juiz, ao aplicar a legislação vigente, tá sendo conivente com isso*”.

*Eu não tô fazendo nada de errado, eu simplesmente tô garantido que a pessoa tenha os seus direitos preservados e como naquele momento eu tenho a possibilidade de relativizar essas garantias, esses direitos, o fato de eu não fazer uso disso já é um mal estar. (Juiz A)*

A Juíza B disse que “*entende e concorda, em parte, com uma parcela do clamor social em relação a nossas leis por serem permissivas*”, porém acredita que a solução não é o recrudescimento generalizado das leis penais, já que atualmente se prende mais quem não deveria estar preso do que o contrário, destacando a Lei de Drogas, que, na sua opinião, é excessivamente rigorosa, mal feita e “*permite muita punição indevida*”.

Para a magistrada, os juízes de perfil “garantista” (também chamados de “pró-réu”, em referência ao princípio *in dubio pro reo*) são tachados de permissivos e até mesmo de

corruptos por parte da sociedade e de instituições simplesmente por defenderem o cumprimento das leis e da Constituição, uma vez que elas preveem garantias e direitos aos réus que devem ser observadas, postura criticada por aqueles que defendem a relativização desses direitos (“*Quando a pessoa não tem argumento para te fazer contestação ao que você está dizendo, ela busca te atacar no pessoal, e ela te desqualifica*”, Juíza B).

*[...] quanto a ser pro-réu, eu digo duas coisas: primeiro, é seguir a Constituição. Segundo, quem não entendeu ainda que o Direito Penal existe para proteger o réu, não compreendeu o que é o Direito Penal [...] ele existe para proteger o réu do arbítrio, do abuso estatal. Ele é um limite, uma barreira, ‘daqui não passa’, e por isso a Constituição é fundamental [...]* (Juíza B)

Para o Juiz C, a origem da insegurança e da sensação de impunidade não é a lei, pois “*lei é o que não falta*”, não obstante reconheça que muitas vezes o legislador é atécnico, o que pode fazer com que a legislação não satisfaça determinadas necessidades sociais. Na sua visão, trata-se de um problema sistemático e estrutural, que passa pela falta de pessoal e da correta aplicação da lei:

*[...] acredito que o problema não seja a lei. É o todo, é a estrutura, são as unidades. Aí, vindo mais para um aspecto de execução, são as unidades prisionais que não te possibilitam a ressocialização [...] Acho que vai muito além da lei. É problema sistemático, é estrutural, é de pessoal, é de tudo, é de aplicação, execução, de tudo, entendeu? A lei tem problemas, pode até ser que tenha problemas, sim, mas não é o determinante para a mazela, não, que hoje passamos.* (Juiz C)

Já o Juiz D entende que a legislação brasileira como um todo é fraca e permissiva, devido à qual vive-se um “caos de criminalidade” no país, uma vez que as pessoas se sentiriam “à vontade para cometer crimes” em virtude da certeza da impunidade, destinando críticas específicas à progressão de regime e à maioria penal, defendendo sua redução para 16 anos de idade:

*A lei é fraca e permissiva nesse país, minha opinião é essa! É por isso que nós vivemos esse caos de criminalidade que existe hoje no país. Em nenhum país do mundo uma pessoa comete um crime, cumpriu um quinto da pena e ela tá em liberdade. Nenhum país do mundo é assim [...] Então as pessoas se sentem a vontade a cometer delitos, sejam eles dos menores aos maiores, na certeza de que não vão ser punidas nunca. [...] o rapaz de 16 anos é capaz de votar, mas quando ele tem 16 anos, ele comete um crime, ele é considerado adolescente. Onde existe uma lógica nisso? Qual é a lógica nisso?* (Juiz D)

Por sua vez, a Juíza E entende que a legislação brasileira, no geral, “não é ruim”, uma vez que boa parte de nossas leis foi inspirada “no que havia de mais moderno no mundo”. A

magistrada defende, no entanto, que o Brasil tem “especificidades” culturais que inviabilizam a aplicação de certas leis vistas como positivas, de modo que a falta de eficácia da lei pode torná-la “permissiva demais”, citando como exemplo o Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo também favorável à redução da maioria penal:

*Eu acho que a nossa legislação, no geral, no aspecto geral, sem pontuar alguma coisa específica, não é ruim. O problema é que, talvez, ela não seja o melhor para a nossa sociedade. Porque assim, nós temos, por exemplo, legislações muito bonitas, né? O Estatuto da Criança e do Adolescente... os legisladores se basearam no que havia de mais moderno no mundo pra criar aquela legislação à época que ela foi criada. Mas, é... é... na medida que não espelhe a nossa sociedade, a realidade da nossa sociedade, ela pode não ser eficaz, ela pode não ser o suficiente, ela pode se tornar permissiva demais. Porque o Direito, ele é uma ciência, uma ciência tem que estar em evolução, ele é apropriado pra evolução de, da sociedade, então uma lei para o Brasil, ela deve espelhar a situação do Brasil e não da Suécia, por quê? Porque são sociedades diferentes. [...] eu entendo que em alguns aspectos a nossa legislação não é a ideal, por quê? Porque nós somos uma sociedade com especificidades, né? Então se o menor, por exemplo, ele tá delinquindo cada vez mais, significa que o que nós estamos propiciando não está sendo suficiente para, é, quebrar essa crescente demanda. [...] com frequência se verifica que determinados aspectos da nossa legislação não estão tendo a eficácia desejada; se não estão tendo a eficácia desejada, é porque não são apropriados pra nós, seja porque não são adequados já desde o princípio no formato, ou seja porque a nossa sociedade, o nosso governo não é capaz de efetivar aquilo, que também pode ser uma realidade. (Juíza E)*

Wacquant (2001) explica que essa ideologia punitivista em ascensão se fundamenta na desvalorização das causas sociológicas do crime – tais quais a pobreza, a falta de oportunidades de ascensão social, o acesso precário à saúde e educação, o desemprego etc. -, as quais consistiriam em meras “desculpas” para o comportamento criminoso, propondo sua substituição pela retórica viril da retidão e da responsabilidade individual. Ora, se todos os indivíduos possuem capacidade de autodeterminação, então cada um é merecedor do que tem e, portanto, deve responder por seus próprios atos.

No entanto, a própria estrutura da sociedade, por meio da reprodução dessa crença de que sucesso ou fracasso são frutos do esforço individual, é responsável por perpetuar as desigualdades sociais (BOURDIEU; PASSERON, 2013; SOUZA, 2009).

Diante disso, a prisão se revela um eficaz instrumento de controle social e, mais que isso, uma verdadeira ferramenta de manutenção da ordem de classes, pois possibilita a segregação “justificada” de indivíduos indesejáveis que teimam em divergir do comportamento considerado adequado de acordo com a escala de valores das classes dominantes.

De acordo com pesquisa empreendida pelo IPEA a respeito da aplicação das medidas e penas alternativas no País (BRASIL, 2015), não há dados objetivos que justifiquem o uso

abusivo da prisão cautelar; ao contrário, os resultados demonstraram que aproximadamente um quarto dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados a penas privativas de liberdade.

[...] no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, 62,8% foram condenados a penas privativas de liberdade, enquanto 17,3% foram absolvidos. Um número considerável de presos provisórios foi condenado a penas alternativas (9,4%) ou teve de cumprir medidas alternativas (3,0%). Somando-se, ainda, os casos de arquivamento (3,6%), prescrição (3,6%) e medida de segurança (0,2%), constata-se que 37% dos réus que responderam ao processo presos sequer foram condenados à pena privativa de liberdade. Ou seja, 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. (BRASIL, 2015, p. 37-38)

Dessa forma, a prisão provisória despoja os encarcerados de seus bens mais valiosos – de sua liberdade, do contato com familiares e amigos, do seu trabalho e, principalmente, do seu tempo – e os submete a condições insalubres e desumanas, muitas vezes tendo que lutar diariamente pela própria sobrevivência num ambiente infecto e superpopuloso, para ao final se concluir que sequer era necessária.

A esse respeito, Wacquant (2001) revela que o recrudescimento da repressão penal no Brasil inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, e que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, período em que a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes.

Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem. (WACQUANT, 2001, p. 09)

O autor prossegue afirmando que a ditadura militar deixou marcas tanto no funcionamento do Estado como nas mentalidades coletivas, “o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à *bandidagem*” (WACQUANT, 2001, p. 10), de modo que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.

É essa mesma mentalidade que conforma a cultura jurídico-punitiva vigente no País e conduz ao uso indiscriminado e abusivo das prisões provisórias, institucionalizando a

violência e a criminalização das classes marginalizadas, numa verdadeira “ditadura sobre os pobres” (WAQCUANT, 2001).

#### 5.4. Encarceramento em massa e a (des)responsabilização do Poder Judiciário

Embora o uso excessivo da prisão cautelar – a qual só pode ser decretada (e revogada) por uma autoridade judiciária – seja apontado como uma das causas do encarceramento em massa observado no Brasil (CIDH, 2103a), a maioria dos magistrados atribui a responsabilidade por esse grave problema social ao Poder Executivo, a quem competiria investir em melhorias nos presídios existentes e construir novas unidades a fim de atender à “crescente demanda” de pessoas “segregáveis”.

No entanto, os magistrados concordam que os investimentos no sistema carcerário não são vistos com bons olhos pela população em geral, para quem a prisão deve estar associada a sofrimento e não a mordomias, razão pela qual a classe política não demonstra interesse na questão.

O Juiz A ressaltou a tendência atual de privatização das prisões com objetivo de lucro e a existência de um projeto de lei que pretende imputar ao custodiado a obrigação de restituir aos cofres públicos as despesas geradas pelo período em que permaneceu preso, o que atribui ao retrocesso democrático causado por uma atual “crise reacionária”.

*Nós vivemos hoje, pelo menos no Brasil, uma... uma crise reacionária muito grande. [...] na realidade a gente tá regredindo, a gente não tá progredindo, não [risos]. Talvez as pessoas queiram agravar, queiram matar, queiram [...] prisão perpétua, esterilização. Então acho que a gente não tá andando pra frente, não, a gente tá andando pra trás. (Juiz A)*

A Juíza B admite, por seu turno, que a banalização da prisão preventiva por parte dos juízes contribui para a superlotação carcerária e, por conseguinte, afeta a segurança pública como um todo (“[...] toda vez que você banaliza o instituto da prisão preventiva, você contribui para a superlotação e, aí, você tem culpa, na minha opinião [...] Então, assim, o trabalho dos juízes, ele afeta a segurança pública”, Juíza B), porém argumenta que a situação calamitosa atual também é fruto da ausência de investimentos por parte do Poder Executivo tanto na construção de novos presídios quanto na manutenção e melhoria das condições das unidades já existentes (“Com certeza, deveriam ser construídas mais unidades prisionais, com certeza a estrutura física, a infraestrutura dessas unidades deveria ser melhorada”, Juíza B).

De acordo com a magistrada, a ausência de investimentos nos presídios não é

intencional para que as condições prisionais sejam ruins, mas sim porque a realização de gastos públicos a favor da população carcerária fatalmente resultaria na rejeição dos políticos nas urnas por parte dos eleitores (“*Se o político disser que vai melhorar as condições, ele não vai ser eleito nunca mais. Nunca mais! [risos]*”, Juíza B).

*A maior parte está solta, então, como a maior parte está solta e quer que quem está preso fique lá mesmo, e morra, enfim, não está nem aí, então, o que dá voto é a opinião de quem está solto.* (Juíza B)

Para o Juiz C, os massacres e rebeliões ocorridos no Amazonas nos últimos anos foram injustamente atribuídos ao Poder Judiciário em razão do alto número de presos provisórios, porém defendeu que o problema da superlotação é crônico e de responsabilidade do Poder Executivo, a quem cabe ordenar despesas inclusive para o sistema carcerário:

*Lógico, cada um tem que tomar cuidado, também, na hora de falar, que tem que estar tudo regular, os andamentos todos ok, não há excesso de prazo, não há prisões claramente arbitrárias, enfim, mas que é uma responsabilidade que eu acho que não cabe ao Poder Judiciário, entendeu? Essa questão da superlotação. Lógico que algumas situações têm que ser revistas? Tem! Entendeu? E é por isso que a gente está no primeiro grau e existe o segundo grau de jurisdição para rever posicionamentos nossos. Mas acredito que essa questão de superlotação é um problema mais crônico e mais imputado ao Poder Executivo. [...] Então, assim, é imputar responsabilidade a quem, de fato, a tem. E, às vezes, há esse equívoco, no meu entender, de imputar sempre ao Poder Judiciário essa responsabilidade que, muitas vezes, não é, né. Não que seja somente do Poder executivo. O Poder Executivo tem também suas limitações, mas seria um pouco mais do Poder Executivo pelo fato de ser o responsável pela unidade, pela gestão da unidade prisional, por ser responsável pelo aporte de recursos públicos para cada área, para cada setor. Não tem investimento para o setor carcerário. Enfim, eu acho que é mais ou menos por aí. Não sei... (Juiz C)*

Já para o Juiz D, a superlotação carcerária é fruto do reduzido número de magistrados, os quais não têm condições de analisar adequadamente cada processo em razão de suas limitações físicas, o que acaba prolongando as prisões e causando o acúmulo de internos:

*[...] essa questão da superlotação, ele é uma consequência de um judiciário que não se atualiza como deveria, nós temos um déficit muito grande de... no judiciário a gente tem poucos juizes para a população tão grande que existe, então isso aí causa uma consequência. Então acaba que os julgadores não têm condição física de analisar, de prestar uma prestação jurisdicional adequada, então isso acaba causando um retardamento na solução dos conflitos, né? (Juiz D)*

Segundo o magistrado, o encarceramento em massa afeta negativamente a segurança pública, uma vez que o acúmulo de pessoas sob condições precárias eventualmente provoca reações violentas entre os presos, gerando mais insegurança para a sociedade:



*Ontem ou antes de ontem houve já um conflito dentro do COMPAJ, onde houve dez mortos. Então obviamente se você coloca dentro de um local fechado, várias pessoas, num superlotado, e que elas têm que conviver muitas vezes e não têm nada de comum entre si, se odeiam... obviamente que isso é um caldeirão que certa hora vai explodir. Obviamente que isso causa violência, mais... mais insegurança pra própria sociedade, sim. (Juiz D)*

O Juiz D entende que a questão prisional é influenciada por uma série de variáveis, “*não é só política criminal, não, é também política social e econômica*”, aduzindo que “*se o país estivesse em uma situação econômica melhor, ou seja, oferecesse aos seus cidadãos melhores oportunidades de vida, os presídios estariam menos lotados*” (Juiz D).

No entanto, o magistrado defende que, como solução imediata, o ideal seria “*dar mais condições ao judiciário*” para que possa fazer frente à grande demanda criminal, sendo veementemente contrário a inovações legislativas tendentes a “*enfraquecer*” o tratamento destinado a comportamentos desviantes, sob pena de inviabilizar o convívio social (“*Porque se você pensar no lado de afrouxar a lei, pelo amor de Deus, aí ninguém vai ter mais condições de viver em um país desse*”, Juiz D).

Nesse sentido, o magistrado defende a implantação de uma política criminal de “*tolerância zero*”, inspirada na experiência novaiorquina da gestão de Rudolph Giuliani como forma de dissuasão e combate da criminalidade:

*Tu sabes que Nova Iorque na década de 80 era uma das cidades mais violentas do mundo, até que um prefeito lá implantou a chamada política da tolerância zero, ou seja, se a pessoa quebrasse uma vidraça de uma janela, a pessoa respondia um processo, era presa, condenada e cumpria a pena dela. Isso acabou com todo o tipo de violência que existia em Nova Iorque. Hoje em dia é uma das cidades mais seguras do mundo. Eu sei disso porque já tive lá e sei como é que é. E isso é que ocasionou esse tipo de política, né? Ou seja, de mostrar pra todo mundo que quem comete crime vai ser punido e vai ser responsabilizado. (Juiz D)*

No entanto, na visão do magistrado, a superlotação prisional tem feito com que a classe política venha tomando medidas voltadas à flexibilização das regras de retorno ao convívio social nos últimos anos, dando azo à reincidência em razão da mensagem de impunidade transmitida pelo Estado:

*Mas o quê que acontece... nos últimos anos, né? A classe política, no caso: “Ah, tá superlotado? Vamos fazer uma lei que vai determinar que a pessoa depois de cumprir tantos anos vai estar em liberdade”. Aí, qual é o benefício que isso traz à sociedade? Olha, se a pessoa sai de lá, o índice de reincidência criminal é altíssimo. O pessoal: “eu cometi um assalto, passei dois anos na prisão, já tô em liberdade, volto a assaltar de novo”, volta a assaltar de novo. [...] É, a impunidade assinada em baixo pelo Estado. [...] Ou seja, a pessoa já tem má índole a cometimento de*

*crime, ela sabe que não vai ser punida, ela vai começar a fazer o que ela quiser. E salve-se quem puder.* (Juiz D)

A Juíza E lembrou que, no período em que atuou em comarca do interior, a unidade prisional estava em péssimas condições e, acreditando que poderia modificar essa situação, empreendeu todos os esforços possíveis a fim de que as condições prisionais fossem melhoradas com a expansão da unidade e a humanização de sua estrutura (“[...] eu falei com todos os prefeitos, com todos os governadores, com todos os senadores, deputados, vereadores, a quem eu tive eventualmente acesso, e mandei documentos pra todos os órgãos a respeito da situação precária da unidade prisional”, Juíza E). Apesar dos esforços, a magistrada revela ter sido frustrada em seu intento em razão da “falta de vontade política”:

[...] na verdade construir cadeias é uma coisa muito complicada, precisa de uma vontade política muito forte, gasta dinheiro público, a comunidade não quer uma unidade prisional na sua área [...] uma das primeiras coisas que eu aprendi, que me disseram na época, assim, é que construir presídio não dá voto... então, dentro do nosso contexto democrático, é realmente uma situação muito complexa. As cadeias são lugares terríveis e lá se colocam pessoas em geral que não são melhores [...] é bem complicado mesmo, né? Você tem poucas pessoas interessadas em fazer um trabalho em segurança, em ser agente penitenciário, em ser agente presidiário, eles não recebem bem... Então é bem complicado realmente fazer uma análise rápida e superficial disso.

A magistrada reconhece que as cadeias estão superlotadas, porém entende que o número de prisões existentes não é suficiente para a “quantidade de crimes” que acontecem no país atualmente. No entanto, aduz que é “complicado” construir presídios no Brasil, já que não é um tema popular e que, portanto, resulte em votos para os gestores públicos, o que faz com que não haja interesse político em uma solução:

*As cadeias estão superlotadas? Estão. Elas existem em menos número do que deveriam diante da quantidade de crimes que a gente enfrenta hoje no país. E... agora porque que isso não se desenrola de uma forma fácil? É porque não é uma situação fácil, é uma situação bem complicada mesmo. [...] Não é simples construir cadeias no Brasil, não é simples mantê-las e muitas vezes não é interessante pra quem é o administrador, que depende de voto pra estar naquela função.* (Juíza E)

Segundo a Juíza E, as críticas referentes aos problemas resultantes do superencarceramento são injustamente dirigidas ao Poder Judiciário, visto que “não cabe ao judiciário construir cadeias”, mas sim ao Poder Executivo:

[...] quando há rebeliões, quando há confrontos dentro das unidades prisionais, é muito comum culpar o judiciário, porque o judiciário mantém muita gente presa; e ao mesmo tempo o judiciário é quem solta. Então nós somos culpados quando a

*gente solta, nós somos culpados quando são mortos, nós somos culpados quando eles são presos e nós somos culpados pela superlotação. Mas não cabe ao judiciário construir cadeias. Nós não temos atribuição pra isso, não temos verba pra isso... Então nós não temos a solução pra isso, né? O que nós podemos é cumprir a nossa função. [...] Eu acho que o erro está em cada um ficar pensando na função do outro e não fazer a sua função. Eu entendo que, como juiz criminal, eu tenho que fazer a minha função, como juiz da execução penal, eu tenho que fazer a minha função, como governador eu tenho que fazer outra, como secretário de segurança pública eu tenho que fazer outra, como legislador eu tenho que fazer outra. Se cada um cumprir a sua função é que a gente tem a condição de que tudo dê certo no final. (Juíza E)*

No entanto, a magistrada reconhece que o custo político e eleitoral de construir presídios é muito alto para os gestores, uma vez que a sociedade e a imprensa não veem com bons olhos a destinação de recursos públicos para a população prisional:

*É que quando você constrói presídio, você gasta dinheiro público. Então você já é criticado pela imprensa: 'tá gastando dinheiro público'. Quando você vai arcar com as despesas inerentes àquele presídio, você vai ser criticado pela mídia, pela imprensa: 'você está de novo gastando dinheiro'. Então, vamos dizer assim, quando o administrador do erário se depara com tudo o que ele vai ter que enfrentar de críticas e ser confrontado, muitas vezes ele recua, ainda que ele ache que é necessário... 'ah, eu vou deixar pro próximo', 'eu não vou me queimar por isso', entendeu? Então são muitas... é muita rejeição que há, porque não há uma consciência da sociedade no sentido de que 'ah, se nós temos mais crimes e a nossa lei penal estabelece que a punição desses crimes é prisão, eu tenho que ter mais prisões', se eu tenho que ter mais prisões, eu preciso gastar dinheiro com isso, e é dinheiro público. (Juíza E)*

De fato, o tema das prisões é altamente impopular politicamente, porém isso só ocorre porque a sociedade em geral não aceita que o ambiente carcerário seja “bom”, sendo comum ouvir expressões em tom de crítica como “prisão não é hotel” ou “o preso tem teto, comida e roupa lavada de graça”, de modo que a população percebe como “regalias” tudo que possa oferecer algum tipo de conforto aos internos.

Essa percepção se coaduna com o princípio da “*less eligibility*” (“menor elegibilidade”), originado a partir de uma política do governo britânico aprovada na “Poor Law Amendment Act” em 1834, segundo a qual as condições das prisões deveriam ser piores do que as condições de vida disponíveis fora delas, a fim de que os pobres se dissuassem de “optar” pelo cárcere como forma de aliviar sua miserabilidade, evitando, com isso, a prática de crimes.

No Brasil, a “menor elegibilidade” se encontra institucionalizada em nosso ordenamento jurídico, já que a Constituição Federal prevê a suspensão dos direitos políticos em caso de condenação criminal transitada em julgado, de modo que os presos condenados não podem votar enquanto durar sua pena e, portanto, não há estímulo para que os políticos

ofereçam propostas voltadas a essa população, o que resulta na ausência sistemática de políticas públicas voltadas para a questão carcerária. Por outro lado, a negação da condição de cidadão ao preso resulta num verdadeiro exílio social, uma vez que, sem voz na sociedade, deixa de fazer (e de se sentir) parte dela e, assim, se “dessocializa” em vez de se “ressocializar”.

Embora a suspensão dos direitos políticos não se aplique aos presos provisórios, a quem o voto é obrigatório como a qualquer outro cidadão, o cumprimento desse direito é historicamente violado em razão de não serem disponibilizadas seções eleitorais dentro dos presídios, de modo que apenas 3% dos presos aptos a votar no Brasil puderam exercer esse direito nas eleições de 2018 (SETA e BIASETTO, 2018).

Outro indicativo de que não há interesse algum na melhoria das condições prisionais é a existência da figura da “prisão especial”, prevista no art. 295 do CPP, a qual se destina a abrigar, além de diversas autoridades, qualquer pessoa que tenha um diploma de nível superior, a fim de que não sejam “misturados” com os presos comuns, distinção que não se justifica a não ser por um privilégio de classe.

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos.

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

As condições abomináveis do sistema carcerário brasileiro, caracterizado por violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais dos internos, tornam ainda mais grave o quadro de marginalização e exclusão da “ralé”.

Nesse contexto, a recusa por parte da magistratura em reconhecer o papel central que exerce no grande encarceramento (SEMER; DIETER, 2019), em particular no que diz respeito ao manejo das prisões cautelares, contribui para a consolidação da visão de que o crime é fruto da “maldade” ou da “má-fé” do ser humano, reforçando a ideologia punitivista de exclusão do “inimigo” em detrimento das causas sociológicas do crime (WACQUANT, 2001).

Segundo relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2013b), o uso não excepcional da prisão processual contribuiu para agravar outros problemas já existentes nos países americanos, como os altos níveis de superlotação prisional, o que gera uma situação fática na qual se veem violados outros direitos fundamentais dos internos, como o direito à integridade pessoal.

Na absoluta maioria dos países da região, as pessoas em prisão preventiva estão expostas às mesmas condições das pessoas condenadas e, por vezes, a um tratamento pior que aquelas. As pessoas em prisão preventiva sofrem grandes tensões pessoais como resultado da perda de renda e a separação forçada de sua família e comunidade; ademais, padecem do impacto psicológico e emocional do próprio fato de estarem privadas de liberdade sem terem sido condenadas, e, em geral, são expostas a um entorno de violência, corrupção, insalubridade e condições desumanas presentes nas prisões da região. (CIDH, 2013b, p. 04)

A submissão de pessoas que sequer foram submetidas a julgamento a esses espaços de mortificação, sujeitando-as às mais variadas formas de violência, seja por outros internos, seja pelas próprias autoridades, revela uma omissão tal que somente pode ser compreendida quando se admite que as vidas das pessoas ali depositadas não têm valor algum.

Agamben (2010) afirma que a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha fez surgir um debate a respeito da existência de vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que a sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor. Essas pessoas, denominadas *homo sacer*, são portadoras do que o autor define como vidas nuas, isto é, vidas destituídas de qualquer cunho político e que, portanto, podem ser mortas impunemente.

No caso do Brasil, a aceitação, ainda que tácita, de que as pessoas privadas de liberdade não gozam de nenhum direito, nem mesmo o de serem tratadas com o mínimo de

dignidade, leva a manifestações como as famigeradas frases de efeito de “bandido bom é bandido morto” e “direitos humanos para humanos direitos”, bordões que fatalmente têm se concretizado no interior dos presídios de todo o País.

Desde o massacre do Carandiru, levado a cabo em 1992 por policiais militares a pretexto de conter uma rebelião dos presos, até as recentes chacinas ocorridas nos presídios de Manaus e de Boa Vista decorrentes de disputas entre facções, a verdade é que a morte de presos não costuma inspirar piedade na opinião pública; ao contrário, trata-se de resultado esperado e, em certa medida, até querido pela população sedenta de sangue – afinal de contas, eles estão ali por alguma razão.

Dessa forma, as prisões acabam por se transformar em verdadeiros “campos de concentração para pobres” (WACQUANT, 2001), onde o extermínio das pessoas privadas de liberdade se institucionaliza a partir da omissão do Estado, o qual se despe de sua função de protetor e se reveste de algoz daqueles a quem deveria proteger – os mais vulneráveis.

## Conclusão

Ao fim da pesquisa bibliográfica e de campo, foi possível concluir que o Direito brasileiro reflete uma tradição jurídica profundamente comprometida com uma formação social elitista, conservadora e formalista, fruto da transposição e da adequação do Direito escrito europeu para a estrutura colonial brasileira, resultando na imposição de uma cultura jurídica que reproduz a convivência aparentemente contraditória de práticas patrimonialistas com a retórica do formalismo liberal e individualista, a qual historicamente serviu para ocultar as graves desigualdades sociais e para proteger os interesses das classes dominantes, colaborando para a manutenção de uma ordem de classes que persiste até hoje.

A influência desse liberalismo conservador no Direito nacional deu origem a uma cultura jurídica eminentemente formalista, retórica e ornamental, a qual, aliada ao individualismo político, moldou o chamado *bacharelismo liberal*, movimento de profissionalização da política e de progressiva burocratização do aparato governamental liderado por bacharéis egressos das primeiras Academias de Direito do país, cuja instalação refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonial que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo ideologicamente a estrutura de poder e construindo uma nova estrutura burocrático-administrativa, a qual assumiria a responsabilidade de gerenciar o país.

Assim, os cursos jurídicos surgiram concomitantemente com o processo de independência e a construção do Estado nacional, destinando-se muito mais a responder aos interesses do Estado do que às expectativas judiciais da sociedade. Nesse contexto, “o Estado brasileiro erigiu-se como um Estado de magistrados, dominado por juízes, secundados por parlamentares e funcionários de formação profissional jurídica” (ADORNO, 1988, p. 78).

A reprodução dessa cultura jurídica elitista e conservadora ao longo do tempo, aliado ao altíssimo prestígio social do cargo, contribuiu para a consolidação da magistratura como uma carreira altamente elitizada e distante da realidade social brasileira.

De acordo com o Relatório do Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros (CNJ, 2018b), a magistratura brasileira é composta majoritariamente por pessoas do sexo masculino (62%), com idade média de 47 anos, casadas ou em união estável (80%), que se declaram brancas (80,3%) e que têm alguma religião (82%), sendo o catolicismo a mais frequente (57,5%). A pesquisa constatou, ainda, que a maioria dos juízes brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade, sendo que um quinto

(20%) dos magistrados têm familiares na mesma carreira e pouco mais da metade dos magistrados tem familiares em outras carreiras do direito (51%).

Além da origem social privilegiada, já que majoritariamente provenientes da classe média, os magistrados também gozam de um altíssimo acúmulo de capital econômico (recebem os maiores salários do serviço público do país), cultural (são os detentores do conhecimento jurídico e da cultura legítima), social (compõem uma rede social fortemente ligada por relações de parentesco e amizade, inclusive com outras autoridades) e simbólico (têm o poder quase-divino de ditar o que é certo e errado e de decidir sobre a vida alheia, além de personificar o poder punitivo estatal), fazendo com que os juízes ocupem uma posição *sui generis* no espaço social, já que seu prestígio ultrapassa o campo jurídico, alcançando a posição mais alta da estrutura social brasileira.

Por outro lado, ao se comparar a composição social da magistratura nacional com o perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil, verifica-se que a raça/cor mais representativa na população carcerária brasileira é de negros (pretos e pardos), os quais respondem por 63,6% do total, muito embora representem 55,4% do conjunto da população nacional (DEPEN, 2019, p. 31-32). No que diz respeito à idade dos encarcerados, o INFOPEN verificou que a população prisional é majoritariamente jovem, uma vez que 54% da população carcerária está compreendida na faixa etária de 18 a 29 anos (DEPEN, 2019), grupo que representa apenas 18% da população nacional (DEPEN, 2017b). Por fim, quanto ao grau de instrução, pessoas analfabetas (3,45%), alfabetizadas informalmente (5,85%) e aquelas que têm o ensino fundamental incompleto (51,35%) até o ensino fundamental completo (13,15%) representam 73,8% da população prisional, contra 26,2% de pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior completo.

Esse enorme abismo social, econômico e cultural que separa julgadores e julgados resulta em severas distorções do que se considera justiça na aplicação da lei e do direito, reproduzindo desigualdades cujas origens remontam à própria formação do nosso país e que estão entranhadas em nossas estruturas mentais e sociais.

A partir da análise das entrevistas, foi possível concluir que os juízes compartilham entre si um conjunto de disposições internalizadas a respeito do que deve ser valorado no momento de decidir sobre a prisão ou a liberdade que não são necessariamente respaldadas na lei ou no direito, revelando um *habitus* judicial que tende a alargar as exigências impostas ao indivíduo para que seja agraciado com a liberdade, o que resulta, por sua vez, numa tendência à decretação da prisão.



Além disso, o discurso dos magistrados revelou que suas decisões são respaldadas em suas próprias convicções morais em detrimento da técnica jurídica e da realidade social brasileira, expondo a imposição de uma visão de mundo por parte dos magistrados determinada pela cultura dominante do que seria um meio de vida legítimo e aceitável, noção denominada por Bourdieu e Passeron de *arbitrário cultural* (2013), a partir de argumentos que ocultam a prioridade dada à proteção do patrimônio das classes abastadas e de valores conservadores como “disciplina” e “família estruturada”, reproduzindo o ciclo de dominação e de segregação que é produto e, ao mesmo tempo, produtor da enorme desigualdade social existente no país.

Percebeu-se, ainda, que a prisão preventiva é instrumentalizada como ferramenta de combate à impunidade e à sensação de insegurança em defesa da coletividade, o que transforma a segregação cautelar em mera antecipação de pena contra indivíduos indesejáveis e, em última análise, em instrumento de exercício de poder simbólico por parte dos juízes com o fim de legitimar a magistratura enquanto categoria, o Poder Judiciário enquanto instituição e suas próprias posições sociais de distinção e dominação dentro e fora do campo jurídico, ao satisfazer os anseios populares por mais punição e segregação dos “inúteis” e dos “inimigos” da coletividade (legítima).

Isso ocorre porque o campo jurídico também é um campo de disputas políticas por posicionamento de indivíduos e também de instituições, as quais se digladiam em busca de cada vez mais garantias, prerrogativas e privilégios, por vezes fazendo uso do populismo penal e do punitivismo para angariar o apoio da opinião pública em favor de suas agendas, reproduzindo o costume enraizado na cultura judiciária consistente na “tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas” (UNODC *apud* CIDH, 2013b, p. 02), muitas vezes devido ao temor de serem reprovados pela opinião pública e tachados de “defensores de bandidos”.

Diante disso, a prisão se revela um eficaz instrumento de controle social e, mais que isso, uma verdadeira ferramenta de manutenção da ordem de classes, pois possibilita a segregação “justificada” de indivíduos indesejáveis que teimam em divergir do comportamento considerado adequado de acordo com a escala de valores das classes dominantes. A liberdade do réu, por seu turno, virou sinônimo de impunidade, visão cada vez mais sedimentada na sociedade e fomentada pela mídia sensacionalista, o que tem tornado a distinção entre prisão-pena e prisão-custódia ainda mais nebulosa.

Assim, a prisão preventiva deixou de ser uma necessidade excepcional para ser objeto

de merecimento do indivíduo a quem é imputado um crime, passando a ser aplicada como verdadeira antecipação de pena, em flagrante desrespeito ao princípio da presunção de inocência, deixando-se de lado seu caráter cautelar de garantir a eficácia do processo, sob o pretexto de oferecer à sociedade uma resposta penal sumária, ainda que para isso garantias e direitos sejam relativizados. Como resultado, a magistratura recebe o reconhecimento da sociedade pelos serviços prestados em prol da coletividade e acumula cada vez mais capital simbólico, legitimando-se na posição de prestígio e poder que historicamente ocupa.

Embora se reconheça que os juízes têm a boa intenção de auxiliar no combate ao crime em defesa da sociedade, é inegável que essa compreensão equivocada do seu papel reforça recortes classistas e racistas institucionalizados – e, portanto, inconscientemente naturalizados – no sistema de justiça criminal, resultando na alta seletividade que se observa atualmente.

Nesse contexto, a recusa por parte da magistratura em reconhecer o papel central que exerce no grande encarceramento (SEMER; DIETER, 2019), em particular no que diz respeito ao manejo das prisões cautelares, contribui para a consolidação da visão de que o crime é fruto da “maldade” ou da “má-fé” do ser humano, reforçando a ideologia punitivista de exclusão do “inimigo” em detrimento das causas sociológicas do crime (WACQUANT, 2001).

Dessa forma, o uso abusivo da prisão cautelar revela sua operacionalização pelas agências repressivas como um instrumento de criminalização da pobreza e, portanto, de manutenção da ordem de classes vigente, perpetuando um ciclo de desigualdade social produzido pela própria ineficiência do Estado que pretende criminalizá-la, ao não ser capaz de emancipar as classes e grupos sociais vulnerabilizados promovendo políticas públicas essenciais que permitam a distribuição mais igualitária dos capitais entre seus cidadãos.

É preciso que nossa cultura jurídica evolua do atual modelo de conflito e repressão para um modelo calcado no cuidado e na restauração das relações, a fim de que as necessidades dos indivíduos (vítimas e autores) sejam corretamente enfrentadas em sua origem, respeitando-se as diferenças sociais, econômicas e culturais. Para isso, é fundamental que a magistratura compreenda sua posição privilegiada na sociedade e atue de forma a reduzir as desigualdades sociais em sua prática.

Assim, é igualmente necessário repensar o ensino jurídico no Brasil, a forma de acesso à magistratura e demais carreiras jurídicas, bem como os cursos de formação e demais cursos de aperfeiçoamento e atualização ao longo da carreira, rechaçando-se a mera reprodução de nosso direito elitista para incentivar o pensamento crítico e democrático de nossa cultura e

sociedade. É preciso oportunizar a tomada de consciência dos privilégios e das desigualdades sociais entre os profissionais das carreiras jurídicas, estimulando o contato dos estudantes de direito com grupos vulnerabilizados e suas demandas, a fim de que o direito finalmente alcance a sua finalidade, que é, em última análise, a redução das desigualdades e a promoção da paz e da solidariedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.
- ALMEIDA, Ana Maria Fonseca de. Reprodução. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BERTAUX, Daniel. *Los relatos de vida*. Barcelona (ESP): Bellaterra, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: Editora da UnB, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Esboço de auto-análise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Escritos de educação*. NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). Petrópolis: Vozes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- \_\_\_\_\_. *O senso prático*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Questões de Sociologia*. Lisboa: Fim de Século, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- \_\_\_\_\_; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *A profissão de*

sociólogo: *preliminares epistemológicas*. Petrópolis: Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução de Reynaldo Bairão. 6ª Edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_; PASSERON, Jean-Claude. *Os herdeiros: os estudantes e a cultura*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal Brasileiro*.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210/40, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Lei de Drogas*.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça (MJ). Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). *Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): Ipea, 2015. Série pensando o direito; 54. Disponível em: <[http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/artigos/pesquisa\\_UFF\\_MJ\\_prisao\\_provisoria.pdf](http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/artigos/pesquisa_UFF_MJ_prisao_provisoria.pdf)>. Acesso em 15 jun. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

CAZABONNET, Brunna Laporte. *Punitivismo e medidas cautelares pessoais: uma análise criminológica e processual da expansão do controle penal*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Mestrado em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Organização dos Estados Americanos (OEA). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. Dezembro de 2013a. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas*. Introdução e recomendações. Dezembro de 2013b. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105. Julho de 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em 07 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*, 2018a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>> Acesso em: 07 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Censo do Poder Judiciário – Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas*, 2013. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/01/612b9794a39f259004128d78689ae951.pdf>> Acesso em: 15 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Relatório Geral do III mutirão Carcerário do Amazonas*, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/amazonas\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/amazonas_2013.pdf)> Acesso em: 08 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros*, 2018b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>> Acesso em: 15 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Resolução n° 213*, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)> Acesso em: 15 jun. 2017.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *El Derecho como Anna de Liberación en América Latina*. México: Centro de Estudios Ecueménicos, 1984.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – dezembro de 2015*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a.

\_\_\_\_\_. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) Atualização - junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017b.

\_\_\_\_\_. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) Atualização – junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

DORTIER, Jean-François. *À propos de Méditations Pascaliennes. Sciences Humaines*, p. 54-57, 2002. (Número Spécial - Pierre Bourdieu).

FALCÃO, Joaquim. *Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: FIN/Massangana, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução Ana Paula

Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do Sistema de Direito Privado*. Lisboa: Caminho, 1989.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. México: Fondo de Cultura Económica. 1986.

GANZEBOOM, Harry B. G.; De GRAAF, Paul M.; TREIMAN, Donald J. A Standard International Socio-Economic Index of Occupational Status. *Social Science Research*, v.21, p.1-56, 1992.

GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna: Un estudio de teoría social*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1999.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

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

HESPANHA, Antonio Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

\_\_\_\_\_. *História das Instituições*. Coimbra: Almedina, 1982.

HEY, Ana Paula. Dominação. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo: ISDP, 2012.

KANT DE LIMA, Roberto. “Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da Devassa ao Inquérito Policial”. *Revista Religião e Sociedade*. 16/1-2, 1992.

LAHIRE, Bernard. Campo. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

LALANDA, Piedade. *Sobre a metodologia qualitativa na pesquisa sociológica*. Análise Social, vol. XXXIII (148), Lisboa, 1998.

LEBARON, Frédéric. Capital. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Isidoro. *História do Direito Nacional*. 3. ed. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979.

MAUGER, Gérard. Violência simbólica. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

MENDES, Antonio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Ibrasa; Curitiba: Champagnat, 1992.

MERCADANTE, Paulo. *Militares & Civis: a Ética e o Compromisso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MILLS, Charles Wright. *A nova classe média*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

NOGUEIRA, Maria Alice. Capital cultural. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

NOVINSKY, Anita. *A Inquisição*. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1983.

PASTORE, José; SILVA, Nelson do Valle. *Mobilidade Social no Brasil*. São Paulo: Markron. 2000.

PINTO, Tales dos Santos. *Rolezinhos e discriminação social*. Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/rolezinhos-discriminacao-social.htm>>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311-31 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: RT, 2011.

SALLUM JR., Basilio; BERTONCELO, Edison Ricardo. Classe social. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SANGUINÉ, Odone. Clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001.

\_\_\_\_\_. A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, 2003.

SAPORI, Luís Flávio. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SEMER, Marcelo; DIETER, Maurício Stegemann. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juizes no grande encarceramento*. 2019. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SETA, Vitor; BIASETTO, Daniel. *Supremo, PGR e ministros assinam parceria para garantir direitos eleitorais de presos*. O Globo. [S.I.] 2018. Disponível em



<<https://blogs.oglobo.globo.com/focanovoto/post/jungmann-voto-presos.html>>. Acesso em: 1º out. 2019.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SINHORETTO, Jacqueline; LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2015, pp. 119-141.

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VIANA, Maria José Braga. Legitimidade/legitimação. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

VIOTTI DA COSTA, Emília. *Da Monarquia à República: Momentos Decisivos*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

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

\_\_\_\_\_. *Habitus*. In: CATANI, Afrânio Mendes *et al.* (Orgs.). *Vocabulário Bourdieu*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. 2. São Paulo: Editora UnB; Imprensa Oficial, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1990.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico - Fundamentos de Uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

\_\_\_\_\_. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZANCANARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

## ANEXO I

### ROTEIRO DE ENTREVISTA

#### CARREIRA

1. Há quanto tempo o(a) senhor(a) é juiz(a)?
2. E como foi a escolha pela carreira da magistratura?
3. De que forma tornar-se juiz(a) impactou na sua vida? É o que o(a) senhor(a) imaginava? O que melhorou e o que “piorou”?

#### ÁREA CRIMINAL

4. Como foi seu primeiro contato com a área criminal já na carreira?
5. Gosta de atuar na área criminal ou preferiria atuar em outra área? Por quê?
6. Em que vara o(a) senhor(a) atua hoje em dia? Há quanto tempo?
7. Quais os desafios que o(a) senhor(a) enfrenta atuando nessa vara? Existem muitos réus presos?

#### AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

8. Costuma realizar audiências de custódia?
9. Um dos argumentos utilizados pra instauração da audiência de custódia no Brasil é o fato de termos uma das maiores populações carcerárias do mundo (atualmente a 3<sup>a</sup>). Na sua opinião, qual o impacto da audiência de custódia nas prisões? Como isso afetou a atividade judicial?

#### PRISÃO PREVENTIVA

10. Como o(a) senhor(a) costuma analisar o caso concreto para definir se a manutenção ou a decretação da prisão preventiva é necessária ou não?
11. O tipo de crime influencia? A gravidade da conduta? A pena prevista em abstrato?
12. Muitos juízes costumam fundamentar a decretação da prisão preventiva na garantia da ordem pública, mas não há consenso na doutrina a respeito do seu significado. Qual a sua interpretação de ordem pública?
13. Alguns doutrinadores entendem que a garantia da ordem pública pressupõe a avaliação da periculosidade do agente, ou seja, o risco de ele vir a reincidir. O(a) senhor(a) faz essa avaliação? De que forma?

14. Em caso de um réu primário, que não tenha antecedentes, existem outras formas de avaliar o grau de periculosidade dele? Ter emprego ou residência fixa influenciam? E o estudo?
  15. O(a) senhor(a) costuma lidar com réus de alto poder econômico na sua atuação? Esse aspecto contribui de alguma forma na avaliação da necessidade da prisão?
  16. Existe algum receio de soltar alguém na custódia e interferir no trabalho do juiz natural?
  17. Existe alguma preocupação em aguardar a citação e a apresentação da defesa pelo réu pra garantir o andamento do processo? As metas impostas pelo CNJ e a cobrança por produtividade influenciam de alguma forma na aplicação da prisão preventiva?
  18. A mídia interfere de algum modo na decretação ou manutenção da prisão preventiva? E a opinião pública?
  19. Na sua opinião, existe a percepção de que a lei é fraca ou permissiva?
  20. O senhor acredita que um juiz considerado “garantista” ou excessivamente “liberal” possa ser tido como corrupto pela população? O senhor tem essa preocupação?
  21. Como o senhor avalia o dizer popular de que “a polícia prende e o juiz solta”? Existe uma tentativa velada de deslegitimar o Poder Judiciário?
  22. Existe algum tipo de pressão interna dentro do Tribunal de Justiça em relação às prisões cautelares? Alguma orientação em particular?
  23. Qual o prazo máximo de duração da prisão preventiva que o(a) senhor(a) costuma utilizar?
- O senhor costuma decretar a prisão após a condenação em caso de réu solto?

### **SEGURANÇA PÚBLICA**

24. Qual a função que a prisão exerce no contexto da segurança pública? Resposta ao clamor social? Prevenção de crimes? Sensação de segurança? Presença do Estado no combate ao crime?
25. A prisão preventiva é um instrumento eficaz de controle da criminalidade? O Poder Judiciário é um sujeito importante na repressão à criminalidade?
26. O(a) senhor(a) acha que a prisão preventiva tem caráter pedagógico?
27. A prisão preventiva serve pra reduzir a sensação de impunidade de alguma forma? A sociedade espera isso?
28. Como o senhor avalia a questão da superlotação dos presídios? Isso afeta de alguma forma a segurança pública?

## ANEXO II

### MODELO DE TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)

Prezado(a) Colaborador(a),

O(a) Sr.(a) está sendo convidado(a) a participar da pesquisa PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS, sob a responsabilidade de Sergio Enrique Ochoa Guimarães, que investigará os significados e representações atribuídas pelos magistrados à prisão preventiva no contexto da segurança pública.

**1. PARTICIPAÇÃO NA PESQUISA:** Sua participação é voluntária e se dará por meio de entrevista compreensiva, com o uso de um gravador de áudio, destinada a conhecer sua trajetória profissional e identificar sua percepção pessoal a respeito da prisão preventiva. Lembramos que a sua participação é voluntária, isto é, o(a) Sr.(a) tem a liberdade de não querer participar, e pode desistir, em qualquer momento, mesmo após ter iniciado o questionário e/ou a entrevista sem nenhum prejuízo para o(a) Sr.(a).

**2. RISCOS E DESCONFORTOS:** A realização da entrevista poderá trazer algum desconforto associado à revelação de dados e opiniões de natureza pessoal. O procedimento, contudo, apresenta um risco mínimo, que será reduzido pela possibilidade de o(a) Sr.(a) optar pelo local e horário em que preferir participar da coleta dos dados, além de poder recusar-se a responder às perguntas.

**3. BENEFÍCIOS:** Os benefícios esperados com o estudo são no sentido de contribuir para o desenvolvimento científico, auxiliando na formulação de políticas públicas voltadas à área de segurança pública. Ademais, será uma oportunidade para que o(a) Sr.(a) se expresse livremente sobre o tema em um ambiente de respeito e segurança.

**4. FORMAS DE ASSISTÊNCIA:** Se o(a) Sr.(a) precisar de alguma orientação ou encaminhamento por entender ter sofrido dano associado à pesquisa, definido como o “agravo imediato ou posterior, direto ou indireto, ao indivíduo ou à coletividade, decorrente da pesquisa” (item II.6 da Resolução CNS nº 466 de 2012), o pesquisador, o patrocinador e as instituições e/ou organizações envolvidas nas diferentes fases da pesquisa se comprometem a

proporcionar assistência imediata, responsabilizando-se pela assistência integral e acompanhamento do participante da pesquisa que vier a sofrer complicações e danos decorrentes da pesquisa, conforme item II.3.2 da Resolução CNS nº 466 de 2012.

**5. CONFIDENCIALIDADE:** Todas as informações que você nos fornecer ou que sejam conseguidas por meio da entrevista serão utilizadas somente para esta pesquisa. Suas respostas ficarão em segredo e o seu nome não aparecerá em lugar nenhum das gravações ou transcrições, nem quando os resultados forem apresentados.

**6. ESCLARECIMENTOS:** Se tiver alguma dúvida a respeito da pesquisa e/ou dos métodos utilizados nela, pode procurar a qualquer momento o pesquisador responsável, assim como sua orientadora.

Nome do pesquisador responsável: Sergio Enrique Ochoa Guimarães  
Endereço: Av. Castelo Branco, nº 670, Cachoeirinha, Manaus/AM (PPGSP/UEA)  
Telefone para contato: (92) 98124-0542  
E-mail: [sergioenrique87@gmail.com](mailto:sergioenrique87@gmail.com)  
Horário de atendimento: 08h às 18h

Nome da orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Izaura Rodrigues Nascimento  
Endereço: Av. Castelo Branco, nº 670, Cachoeirinha, Manaus/AM (PPGSP/UEA)  
Telefone para contato: (92) 99132-7599  
E-mail: [izaura27@gmail.com](mailto:izaura27@gmail.com)  
Horário de atendimento: 08h às 18h

Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade do Estado do Amazonas - UEA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS  
Localizada na Av. Carvalho Leal, 1777, Cachoeirinha,  
CEP: 69065-001  
Fone: (92) 3878-4368

**7. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS:** Caso o(a) Sr.(a) aceite participar da pesquisa, não receberá nenhuma compensação financeira. Comprometemo-nos, contudo, a indenizar e/ou

ressarcir eventual prejuízo, quando houver a necessidade de cobertura material para reparação de dano, se este for causado pela participação na pesquisa, de acordo com a Resolução do CNS nº 466/12.

**8. CONCORDÂNCIA NA PARTICIPAÇÃO:** Se o(a) Sr.(a) estiver de acordo em participar, deverá preencher e assinar o Termo de Consentimento Pós-Esclarecido que segue anexo, recebendo uma cópia deste Termo.

**ANEXO III****MODELO DE CONSENTIMENTO PÓS-INFORMADO**

Pelo presente instrumento, que atende às exigências legais, o(a) Sr. (a) \_\_\_\_\_, portador(a) da cédula de identidade \_\_\_\_\_, declara que, após leitura minuciosa do TCLE, teve oportunidade de fazer perguntas, esclarecer dúvidas que foram devidamente explicadas pelo pesquisador, ciente dos serviços e procedimentos aos quais será submetido e, não restando quaisquer dúvidas a respeito do lido e explicado, firma seu **CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO** em participar voluntariamente desta pesquisa. E, por estar de acordo, assina o presente termo.

Manaus, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

---

Assinatura do Participante

---

Assinatura do Pesquisador

## ANEXO IV

ANUÊNCIA INSTITUCIONAL

PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS  
 GABINETE DA PRESIDÊNCIA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2019/006965

ASSUNTO: Solicita providências

DESPACHO-OFÍCIO Nº 1556/2019-GABPRES

Trata-se de expediente formulado por Sergio Enrique Ochoa Guimarães, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, em que solicita autorização para realizar pesquisa intitulada "Prisões cautelares na prática judicial do Amazonas", junto a magistrados que atuem na área de prisão cautelar no contexto da segurança pública.

À fl. 43, a Coordenadoria de Processos e Projetos informou que a magistrada titular da 3ª Vara criminal, Dra. Andrea Jane Silva de Medeiros, estaria disponível para atender a solicitação do requerente.

À fl. 45, Despacho do juiz auxiliar dando ciência ao Requerente das informações e autorização concedida para pesquisa junto a magistrada mencionada.

Retornam os autos, por meio do PA 2019/08380, com nova manifestação do Requerente informando que a *metodologia do projeto de pesquisa requer a participação de 04 (quatro) juízes criminais em entrevistas cuja participação é facultativa e não requer o conhecimento de dados oficiais do TJAM ou qualquer outro órgão, sendo certo que o nome dos magistrados não serão divulgados e suas opiniões não serão tomadas como a posição oficial deste Tribunal.*

Diante da nova situação apresentada, não havendo óbice ao requerido pelo mestrando, autorizo o pedido de Sergio Enrique Ochoa Guimarães a fim de coletar dados para sua pesquisa de mestrado junto a pelo menos 4 (quatro) magistrados criminais deste Tribunal de Justiça.

Cientifique-se o requerente.

À Divisão de Expediente para as providências subsequentes.

Após, arquivem-se os autos. Cumpra-se.

Manaus, 30 de abril de 2019.

Desembargador **Yedo Simões de Oliveira**  
 Presidente do TJ/AM

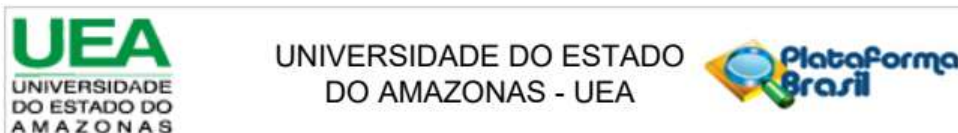
Avenida André Araújo, s/n, 10º andar – Aleixo - Edifício Arnaldo Pères  
 CEP: 69060-000 – Manaus – AM  
 Telefone/Fax: (092) 2129-8651 / 2129-8652

STJAXP-CM

O original deste documento é eletrônico e foi assinado digitalmente por Yedo Simões de Oliveira. Para verificar a autenticidade desta cópia impressa, acesse o site <http://saad.tjam.jus.br/atendimento/> e informe o processo TJAM 2019/006965 e o código 1032UB2X.



## ANEXO V

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP**PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP****DADOS DO PROJETO DE PESQUISA****Título da Pesquisa:** PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS**Pesquisador:** SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARAES**Área Temática:****Versão:** 2**CAAE:** 13280819.8.0000.5016**Instituição Proponente:** UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**Patrocinador Principal:** Financiamento Próprio**DADOS DO PARECER****Número do Parecer:** 3.547.999**Apresentação do Projeto:**

Versão: 2

Submetido em: 17/06/2019 PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DO MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Projeto de Pesquisa: PRISÕES CAUTELARES NA PRÁTICA JUDICIAL DO AMAZONAS

Responsável Principal: SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARAES

Nome da Instituição: UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

**Desenho:**

Pesquisa qualitativa com uma etapa bibliográfica e documental e outra etapa a ser realizada em campo, mediante realização de entrevistas compreensivas com 04 (quatro) magistrados criminais de Manaus/AM. Serão entrevistados juizes com

atuação em Manaus lotados em varas com competência criminal destinadas ao julgamento de infrações de gravidade média (pena mínima superior a 02 anos e máxima de até 04 anos) e gravidade alta (pena máxima superior a 04 anos), sendo elas atualmente as seguintes:- 10 (dez) Varas Criminais comuns, cada uma com 01 (um)

juiz titular;- 04 (quatro) Varas Especializadas em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes

**Endereço:** Av. Carvalho Leal, 1777**Bairro:** chapada**CEP:** 69.050-030**UF:** AM**Município:** MANAUS**Telefone:** (92)3878-4368**Fax:** (92)3878-4368**E-mail:** cep.uea@gmail.com



UNIVERSIDADE DO ESTADO  
DO AMAZONAS - UEA



Continuação do Parecer: 3.547.999

(VECUTES), cada uma com 01 (um) juiz titular;- 03 (três)

Varas do Tribunal do Júri, cada uma com 02 (dois) juízes titulares;- 02 (duas) Varas de Crimes Contra a Dignidade Sexual de Crianças e

Adolescentes, cada uma com 01 (um) juiz titular. Estão excluídos deste universo os magistrados com competência de execução penal (não trabalham com prisões cautelares uma vez que fiscalizam o cumprimento da pena definitiva), de julgamento

de infrações de menor potencial ofensivo (em regra, não comportam a decretação da prisão preventiva), de julgamento de atos infracionais (sistema processual diferenciado e processos sigilosos) e de auditoria militar (sistema processual diferenciado e não responde por fração relevante da população carcerária).

**Objetivo da Pesquisa:**

APRESENTADOS NA PRIMEIRA VERSÃO

**Avaliação dos Riscos e Benefícios:**

APRESENTADOS NA PRIMEIRA VERSÃO E AJUSTADOS NA SEGUNDA.

**Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:**

APRESENTADO NA PRIMEIRA VERSÃO.

**Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:**

1. CARTA DE ANUÊNCIA: assinada pelo Desembargador Yedo Simões de Oliveira Presidente do TJ/AM.

2. FOLHA DE ROSTO: assinada pelo pesquisador e pelo responsável pelo programa de Mestrado da ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS -PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DO Mestrado Profissional em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (Leonardo Naves Dos Reis).

3. CRONOGRAMA: AJUSTADO NA SEGUNDA VERSÃO

Análise dos dados coletados programada para JULHO/AGOSTO 2019 APÓS PARECER DO CEP;

4. ORÇAMENTO: financiamento próprio com custo total orçado em R\$ 946,00.

5. TCLE- AJUSTADO NA SEGUNDA VERSÃO COM TIMBRE E LOGOMARCA DO ESTADO DO AMAZONAS E DA UEA.

**Endereço:** Av. Carvalho Leal, 1777

**Bairro:** chapada

**CEP:** 69.050-030

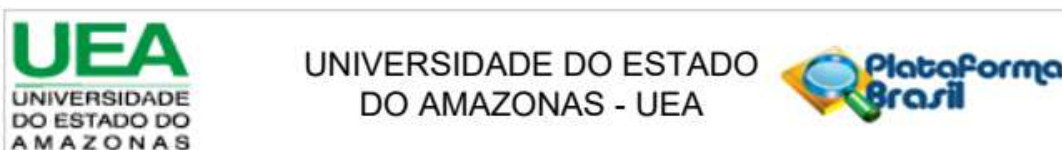
**UF:** AM

**Município:** MANAUS

**Telefone:** (92)3878-4368

**Fax:** (92)3878-4368

**E-mail:** cep.uea@gmail.com



Continuação do Parecer: 3.547.999

6. Apresenta (anexa) CARTA RESPOSTA, indicando ponto-a-ponto o que foi solicitado no primeiro parecer.

**Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:**

Trata-se de um protocolo de pesquisa com seres humanos, o mesmo encontra-se completo e atendeu os ajustes do Parecer: 3.391.609 e da Resolução 466/12.

APROVADO.

**Considerações Finais a critério do CEP:**

**Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:**

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BASICAS_DO_PROJETO_1312306.pdf	17/06/2019 15:27:55		Aceito
Outros	Carta_Resposta.pdf	17/06/2019 15:26:40	SERGIO ENRIQUE OCHOA	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	Projeto_modificado.odt	17/06/2019 15:26:06	SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARAES	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLE_modificado.odt	17/06/2019 15:25:44	SERGIO ENRIQUE OCHOA GUIMARAES	Aceito
Outros	pedido_autorizacao.pdf	07/05/2019 17:41:23	SERGIO ENRIQUE OCHOA	Aceito
Folha de Rosto	folha_de_rosto.pdf	07/05/2019 17:34:01	SERGIO ENRIQUE OCHOA	Aceito
Outros	Anuencia_Institucional.pdf	07/05/2019 17:25:17	SERGIO ENRIQUE OCHOA	Aceito

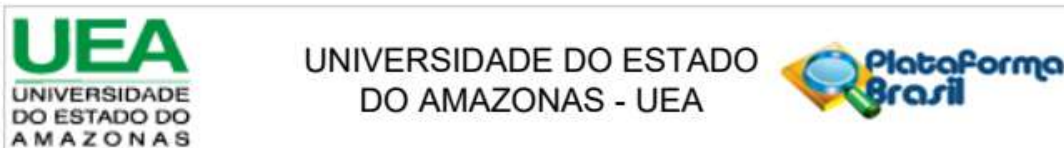
**Situação do Parecer:**

Aprovado

**Necessita Apreciação da CONEP:**

Não

Endereço: Av. Carvalho Leal, 1777  
 Bairro: chapada CEP: 69.050-030  
 UF: AM Município: MANAUS  
 Telefone: (92)3878-4368 Fax: (92)3878-4368 E-mail: cep.uea@gmail.com



Continuação do Parecer: 3.547.999

MANAUS, 02 de Setembro de 2019

---

**Assinado por:**  
**Manoel Luiz Neto**  
**(Coordenador(a))**

**Endereço:** Av. Carvalho Leal, 1777

**Bairro:** chapada

**CEP:** 69.050-030

**UF:** AM

**Município:** MANAUS

**Telefone:** (92)3878-4368

**Fax:** (92)3878-4368

**E-mail:** cep.uea@gmail.com