

ANÁLISE DOS DECRETOS DE PRISÃO PREVENTIVA EM CASOS ENVOLVENDO ACUSAÇÕES POR ROUBO, TRÁFICO DE DROGAS E FURTO: UM ESTUDO NO ÂMBITO DE ALGUMAS CIDADES POPULOSAS DO SUL DO PAÍS

Giovane Cerezuela Policeno¹

Vitor Pestana Ostrensky²

Mário Edson Passerino Fischer da Silva³

Sumário: 1. Introdução; 2. Reflexões iniciais sobre a Importância da Atuação Jurisdicional e sua Fidelização ao Direito; 3. As Heurísticas e sua relação com o Processo Decisório; 4. A Perspectiva do Labeling Approach; 5. Metodologia; 6. Resultados; 7. Discussão; 8. Considerações Finais; 9. Referências Bibliográficas.

Resumo: Considerando que quase metade da população carcerária brasileira é composta por detentos provisórios, buscou-se avaliar quais características dos flagranteados conduzidos às audiências de custódia foram determinantes para influenciar o decreto de prisão preventiva. Adotou-se, inicialmente, a metodologia dedutiva, pressupondo que fatores objetivos externos influenciaram as decisões dos juízes. Focou-se então na identificação

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba, pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela UNINTER.

² Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Desenvolvimento Econômico pela mesma instituição.

³ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestrando em direito processual penal pela UFPR.

das características dos flagranteados e dos crimes, supostamente cometidos, que seriam relevantes para nortear tais decisões. Posteriormente, adotou-se metodologia indutiva, analisando os dados a partir dos pressupostos teóricos do Labeling Approach, Criminologia Crítica e Economia Comportamental. Foram analisadas 277 decisões de algumas das maiores cidades do Estado do Paraná e concernentes aos delitos de roubo, furto e tráfico de drogas. Concluiu-se que a idade, gênero e o tipo de acusação são determinantes para o decreto de prisão provisória e, a depender de quem toma a decisão, as chances da ocorrência de prisão preventiva podem aumentar em até 700%.

Palavras-Chave: 1. Prisão Preventiva; 2. Economia Comportamental; 3. Labeling Approach

Abstract: Considering that almost half of Brazilian prison population is composed of provisional inmates, this study sought to evaluate the characteristics of those arrested in the act conducted to custody hearings were determinant to influence the decree of preventive detention. The research adopted a deductive methodology, presupposing that external objective factors influenced the judges. It was then focused on identification of which characteristics and allegedly committed crimes would be relevant to these decisions. Subsequently, an inductive methodology was adopted, analyzing the data from theoretical assumptions of Labelling Approach, Critical Criminology and Behavioral Economics. It were analyzed 277 decisions from some of the largest cities of Paraná's state concerning crimes of robbery, theft and drug trafficking. It was concluded that age, gender and type of charge are decisive for the decree of provisional arrest and, depending on who makes the decision, the chances of pre-trial detention can increase by up to 700%.

Keywords: 1. Preventive prison; 2. Behavioral Economics; 3.

Labelling Approach.

1 INTRODUÇÃO



sualmente se faz alusão ao poder judiciário como “justiça”, porque, inclusive, tecnicamente, ele é dividido em “Justiça” Comum” e “Justiça Especial”. Tal correspondência conceitual culminou neste sinônimo, e este reflete a perspectiva cultural acerca da atividade jurisdicional.

A expectativa de um julgamento “justo” é um dos alicerces mais importantes que conferem legitimidade ao judiciário, concluindo-se que a justiça é feita quando um caso é julgado em conformidade com a lei.

O ato de decidir, entretanto, implica na realização de um processo mental conduzido por tendências subjetivas consolidadas pela experiência pessoal, pela cultura, por afinidades ideológicas, etc. Assim sendo, uma das searas penais mais relevantes para se analisar criminologicamente os fatores “não jurídicos” e criar-se hipóteses acerca de suas relações com as decisões judiciais é a da homologação das decisões de Audiência de Custódia, audiência a qual representa o primeiro contato pessoal do magistrado com o preso em flagrante.

Ressaltasse desde já que este breve ensaio não possui nenhum viés acusatório, ou seja, não se está tecendo críticas ao modo de decidir, ou mesmo apontando-se como as decisões jurisdicionais são feitas, pois se carece de elementos suficientes para se efetuar tais afirmações. O objetivo fora meramente verificar a existência de determinadas características dos flagrantes conduzidos às Audiências de Custódia e da natureza das acusações, apontando-se em quais casos houve decreto de prisão preventiva, ou não. Não se pode apontar precisamente quais fatores são determinantes, ou não, para a tomada de decisão em um sentido, ou outro, de modo que a proposta principal é

provocar os leitores para que pesquisas com uma maior gama de variáveis sejam realizadas no futuro.

Refletir-se-á acerca das construções legais e doutrinárias que apontam para a necessidade de fidelização da atuação jurisdicional ao direito e então, voltando-se à economia comportamental, serão feitas considerações sobre a relação das heurísticas com o processo decisório. Adotou-se, inicialmente, uma metodologia dedutiva, verificando-se algumas características dos flagranteados e da natureza de sua acusação, bem como em qual sentido se deu a decisão judicial.

Posteriormente, a pesquisa seguiu com uma metodologia indutiva, realizando-se, a partir do conteúdo objetivo deduzido dos casos analisados, indagações que há muito tempo já são realizadas pelas vertentes da Criminologia Crítica, do Labeling Approach e da Ciência Comportamental.

2. REFLEXÕES INICIAIS SOBRE A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL E SUA FIDELIZAÇÃO AO DIREITO

A modernidade cuidou de avançar ainda mais o rumo da relativização da “justiça universal”, porém, declaradamente, o direito não abandonou a missão da busca pela efetivação da justiça. Ainda são formulados princípios e normas os quais, amparados pelo discurso político (essencial à manutenção da crença na infalibilidade das instituições), pretendem vincular cada vez mais as decisões judiciais ao conteúdo legal.

Nessa senda, o legislador se esforçou para impedir a instrumentalização do Poder Judiciário, dificultando-a em nível externo (pois foi-lhe conferida independência⁴) e em nível interno (pois este deve ser inerte, imparcial e fundamentar suas decisões

⁴O artigo 2ª da Constituição da República Brasileira determina que o Poder Judiciário, assim como os demais, é independente.

conforme a lei⁵). Com relação à imparcialidade, especificamente, são previstos remédios jurídicos contra sua potencial supressão, como a “exceção de suspeição”.

O princípio que talvez melhor ilustre o receio da instrumentalização do Poder Judiciário é o Princípio do Juiz Natural. Embora não previsto expressamente na Constituição, tal princípio pode ser extraído do inciso LIII, do art. 5º e foi assimilado pela ordem jurídica, determinando inclusive a organização fixa dos Tribunais no âmbito da atuação de cada um (COUTINHO, 1998, p. 163). Em poucas palavras, o princípio aponta que um caso deverá ser julgado pelo magistrado competente predeterminado pela lei (COUTINHO, 1998, p. 163). Tratar-se de uma expressão da isonomia (COUTINHO, 1998, p. 163), visto que o critério de encaminhamento do caso de qualquer cidadão a um órgão judicial se faz a partir da lei, possibilitando ao indivíduo saber quem o julgará antes de receber sua citação (conhecimento este pleno quando não há possibilidade de distribuição por sorteio).

Segundo Frederico Marques (2003, p. 197), os magistrados são funcionários públicos *sui generis* cujo estatuto é a própria Constituição. Seria o juiz o protagonista da relação processual, afinal, nas palavras de Marques (2003, p. 261), é este quem realiza a prestação jurisdicional ao cidadão. Jacinto Coutinho (2015), fazendo uso dos ensinamentos de Frederico Marques, apontou que o juiz é tão importante que este não representa o Estado, mas o presenta, encarnando-o como órgão jurisdicional supra partes (além dos interesses destas) incumbente de efetivar os preceitos da ordem jurídica.

⁵ O art. 5º, inciso LXI, aponta como regra a necessidade da fundamentação, por parte de autoridade judiciária competente, como requisito essencial à validade de prisão fora do estado de flagrância. O artigo 93, inciso IX, estende a necessidade de fundamentação para todas as decisões dos julgadores e estipula, como regra, a publicidade dos julgamentos. O parágrafo único, inciso III, do art. 95, por sua vez, veda ao juiz a participação em atividades político-partidárias e o art. 99 garante autonomia administrativa e financeira ao judiciário.

Na doutrina contemporânea o juiz é concebido como um agente que reconstrói a realidade dos fatos, de modo imparcial, ao não ser influenciado pelo interesse de uma das partes, mas que jamais poderá ser neutro (COUTINHO, 1998, p. 163), pois é dotado de subjetividade e possui experiências que, como todo ser humano, invariavelmente norteiam seu modo de pensar. Logicamente, se o próprio direito é permeado de perspectivas próprias dos legisladores, não poderia ser diferente com as decisões judiciais (COUTINHO, 1998, p. 163).

Como já apontado, no âmbito da homologação das decisões de Audiência de Custódia, vislumbra-se considerável potencial para se verificar a influência de fatores não jurídicos sobre as decisões tomadas. Em tais audiências, o flagranteado (preso em flagrante) é conduzido à presença do magistrado para ser entrevistado quanto às condições de sua prisão e, ao final, após manifestação do representante do Ministério Público e da Defesa, profere-se decisão acerca da legalidade, ou não do flagrante. Observa-se também que no *decisum*, ao se entender a prisão como lícita, pode-se impor eventuais medidas cautelares, sendo a principal delas a prisão preventiva, responsável por 41% da população carcerária em 2016 (BRASIL; CNJ, 2016, p. 10).

É durante a Audiência de Custódia, portanto, que o magistrado tem contato direto com preso, interroga-o sem a oitiva judicial de testemunhas, e via de regra⁶, sem a existência de um processo. Trata-se de um campo da atuação jurisdicional especialmente prescritivo, diverso das várias tentativas do Poder Judiciário de promover uma Justiça Dialógica, como vem se buscando a partir das iniciativas do Conselho Nacional de Justiça com relação à Mediação e Conciliação (por meio da Resolução nº 125 de 2010) e mesmo através da Justiça Restaurativa (por

⁶ Os Centros de Audiência de Custódia estão recebendo também os casos de prisão efetivada por meio de mandado de prisão, de modo que, nestes casos, poderia existir ação penal anterior à prisão do acusado. No caso da presente pesquisa, foram analisados apenas casos de prisão em flagrante, os quais não teriam ação penal anterior à prisão.

meio da Resolução nº225 de 2016).

Nesses termos, tem-se que o campo relativo à economia comportamental, mais especificamente no tocante às heurísticas pode se mostrar deveras esclarecedor quando se busca compreender mais a fundo o processo decisório, o que incluí, logicamente, a tomada de decisões de cunho judicial.

3. AS HEURÍSTICAS E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO DECISÓRIO

Há uma grande pressão no Brasil por uma justiça com mais celeridade e eficiência, a fim de se promover um maior acesso a jurisdição e possibilitar que todos os jurisdicionados tenham uma resposta para o seu caso. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elabora metas anuais a serem cumpridas pelas instâncias do Sistema Judiciário. Uma destas, inclusive, a Meta Nacional nº1 de 2017, incidente sobre todos os segmentos do judiciário, é “julgar mais processos do que os distribuídos” (BRASIL, 2017). Nesses termos, com o aumento da cobrança institucional, os juízes, que enfrentam uma enorme demanda, são compelidos a julgar mais em menos tempo.

Na perspectiva de Simon (1995), as decisões seriam tomadas com base em três fatores principais: i) informação, ii) capacidade de avaliação da mente humana e iii) tempo, variáveis essas que, segundo o autor, explicam o motivo de, nas tomadas de decisões, a racionalidade ser limitada. Ou seja, não é possível julgar utilizando todas as informações, mesmo que essas estivessem disponíveis (e não estão).

Conforme *Tversky e Kahneman (1975)*, em um processo decisório que envolve diversos elementos, o processamento de informação tende a ser complexo. Neste caso, para decidir rapidamente e cumprir o objetivo em questão, os sujeitos poderiam recorrer a atalhos mentais, os quais são chamados de heurísticas.

Na maior parte do tempo esse fato torna o julgamento

correto mais fácil e prático, porém as heurísticas geram tendências cognitivas as quais podem afetar sistematicamente o julgamento. Ainda, se algum fator diferente daqueles legalmente relevantes for utilizado regularmente para a tomada de decisão judicial, pode haver um viés sistemático no processo.

Existem estudos que abordam as heurísticas e seu viés no âmbito da tomada de decisões judiciais (GUTHRIE *et al.*, 2002; 2007) (PEER; GAMLIEL, 2013), neste, portanto, ensaio serão discutidos trabalhos pertinentes ao tema.

O primeiro e mais relevante trabalho neste contexto trata da heurística de representatividade, a partir da qual o indivíduo atribuiria uma representação à determinada categoria. Com a representação formada um evento pode ser definido dentro desta categoria por ter atributos semelhantes a essa, mesmo sem gozar da característica primordial que deu forma à categoria (KAHNEMAN; TVERSKY, 1972).

Uma heurística do gênero pode, hipoteticamente, induzir à avaliação inconsciente de que uma pessoa está, ou não, dentro da representação de um criminoso. Os vieses gerados por esse “atalho mental” teriam o potencial, nesta perspectiva, de influenciar na tomada de decisões. Nessa senda, Zaffaroni *et al.* (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 46) aponta que a sociedade outorga estereótipos a determinados grupos de pessoas que tenham aspectos em comum, não raro, associando suas características com a prática de delitos:

“Por tratar-se de pessoas “desvaloradas”, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.”

Isso não implica em dizer que o tomador de decisão deixará de considerar informações além do estereótipo que ele pode conferir ao sujeito, mas que, com a impressão já existindo, há, segundo Bodenhausen e Wyer (1985), a possibilidade, ainda que inconscientemente, desse ser norteado pelo estigma na tomada

de uma decisão.

Há uma importante discussão sobre como o sistema penal de diferentes países ocidentais, trataria diversamente indivíduos de etnias diversas, punindo com maior probabilidade e rigor afro-americanos e latinos. Lógico que não se trata de uma questão simples, podendo-se alegar também que a clientela do sistema penal tende a ser também as populações das referidas etnias, que integram parcelas sócias com menor poder aquisitivo e, portanto, teriam maior probabilidade de cometer delitos que causassem mais alarme social (como roubo, por exemplo). Com relação ao judiciário estadunidense, *Bushway e Piehl (2001)* e *Abrams et al (2012)* apontam que os representantes deste, geralmente, negam que a etnia do réu influencie na tomada de suas decisões. *Lopez (2000)*, mais severo em sua crítica, argumenta que os membros da instituição jurídica americana, por meio de processos mentais inconscientes, perpetuam o racismo em suas decisões.

Outro viés relevante levantado em pesquisas é acerca do gênero do(a) acusado(a). Existem duas correntes divergentes sobre a diferença no rigor das decisões para com as acusadas do gênero feminino.

A primeira delas refere-se ao papel de gênero, apregoando que se pune com maior rigor as mulheres por entender que elas teriam um papel de subordinação na sociedade perante o homem. Assim, uma punição severa serviria de exemplo para reforçar o comportamento feminino adequado (CHESNEY-LIND, 1977).

A teoria do Cavalheirismo/Paternalismo, pelo contrário, aponta que as mulheres são menos punidas diante da concepção de que são frágeis e vítimas em potencial, merecendo, portanto, proteção (FRANKLIN; FEARN, 2008). Essa corrente pode ser interpretada como resultado do uso da heurística de representatividade – consciente, ou não – no momento de elaboração das decisões. Como a mulher não é, a princípio, a representação do

típico criminoso, o uso dessa heurística pode favorecê-la.

Recorrentemente também se discute acerca da influência da idade dos flagranteados no processo decisório dos magistrados. *Doerner e Demuth (2010)*, entre outras conclusões, demonstraram que os jovens são mais suscetíveis a punições severas do que os indivíduos mais velhos, o que é reforçado por outros autores, como *Champion (1987)*, *Cutshall e Adams (1983)*. *Steffensmeier et al (1995)*, por sua vez, aponta uma relação curvilínea. Os mais propensos às punições seriam os acusados entre 21 e 29 anos, sendo que, a partir desta idade, a relação se tornaria negativa conforme os acusados são mais velhos, pois, inclusive, a representação padrão de alguém mais velho dificilmente é associada a um perfil criminoso. Já os mais jovens - entre 18 e 20 anos - gozariam de alto nível de leniência.

Também é possível a ocorrência de determinado viés devido à heurística da disponibilidade. Nela se analisa a probabilidade de ocorrência de um evento com base na facilidade com que ele consegue lembrar de um exemplo semelhante. Os mesmos vieses citados acima podem ser derivados dessa heurística, já que vários casos são analisados rotineiramente, os quais contam com pessoas de diversas características.

Outra heurística que potencialmente influencia nos casos em questão é a de ancoragem. Seu efeito ocorre quando se faz um ajustamento na decisão com base em um padrão pré determinado. Como a dificuldade de se afastar da âncora é grande, em média, será feito apenas um ajuste pequeno. Portanto, a decisão final é, inconscientemente, afetada pela âncora determinada (TVERSKY; KAHNEMAN, 1975).

Em uma Audiência de Custódia, o promotor, anteriormente à decisão judicial, se manifesta a favor da prisão preventiva, ou da liberdade provisória. A manifestação do promotor pode acarretar em um efeito de ancoragem, como descrito por *Peer e Gamliel (2013)*. Assim as considerações do promotor também são fundamentais para influenciar a decisão de prisão

preventiva, ou de liberdade provisória.

Importante ressaltar que existe a possibilidade do uso de heurísticas para fatores que, teoricamente, não deveriam influenciar o julgamento. Algumas variáveis instrumentalmente relevantes de cada caso podem ser alvo dos atalhos. Por exemplo, a decisão pode sobrevalorizar o tráfico de uma droga específica, seja pela influência midiática, seja pelos valores pessoais de quem decide, etc.

Não será o objetivo do artigo identificar as heurísticas possivelmente utilizadas, mas sim identificar determinados vieses existentes nas audiências de custódia. Porém, pela maior razoabilidade de interpretação, as considerações serão realizadas a partir da heurística de representatividade.

4. A PERSPECTIVA DO LABELING APPROACH

A lei oferece como critérios para as homologações de prisão fundamentos conceituais imprecisos, como a “garantia da ordem pública, ou econômica”, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Assim sendo, é interessante relembrar as ponderações de Christie (2011, p. 16) de que o crime, em si, inexistente, representando apenas uma das diversas formas de classificação, dependente do contexto cultural, de ações tidas como reprováveis. Nessa linha se trataria, portanto, de um conceito funcional útil para o exercício do controle social de condutas.

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 60) completam as referidas ponderações ao afirmarem que toda conceituação é limitada, mas a verdade é infinita e toda referência à verdade é necessariamente parcial, ou seja, ao se definir um ato como criminoso, seja na esfera legislativa (abstrata), ou judicial (concreta), a definição em si reflete determinada perspectiva, o que é evidente, pois o próprio direito penal é cultural e valorativo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 89). Ocorre que cada perspectiva detêm o seu padrão ideal de ser humano e baseia suas

concretizações na premissa de que tudo está justificado em virtude de uma necessidade, que implica na efetivação deste padrão (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 61).

A referida temática começou a ser trabalhada, no âmbito da criminologia, quando o objeto desta deixou de ser “as causas do crime”, até então tratado como ente ontológico, para “as causas de criminalização”.

Retrocedendo um pouco, o início do desenvolvimento da ciência criminológica brasileira sofreu grande influência da Criminologia Positivista Italiana, o que acarretou, do final do século XIX até as primeiras décadas do XX, na concepção de que o crime correspondia a uma doença (RAUTER, 2003, p. 12). Nessa senda o perigosismo, que seria uma corrente ideológica latinoamericana proveniente da doutrina Criminológica Clínica de Nina Rodrigues, apresentava a pena como tratamento (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 310).

A manutenção do sistema penal cumpriria uma função substancialmente simbólica, sustentando simbolicamente uma estrutura de poder através da via punitiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 71).

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 315) apontam como função do direito penal a garantia de um ambiente externo seguro para a auto-realização humana no que tange ao que é considerado necessário para ser realizado em âmbito de convivência. Esse conceito implica de que tal ramo do direito, para a criminologia crítica e o labeling approach, pretende proteger determinado modo de vida.

Dando continuidade ao raciocínio, a vertente do labeling approach, ou enfoque/teoria do etiquetamento, trata especialmente do aspecto reacional em frente às condutas, indicando que seria a reação provocada frente a uma atitude que acarretaria na sua qualificação como delito ou não (PRADO; MAILLO, 2004, p. 319). Sob a ótica do interacionalismo simbólico, o qual dialoga com o labeling, a criminalização ocorreria quando

determinado grupo inicia um processo de definição ao interpretar uma conduta como desviante, passando então a determinar que o sujeito praticante é um desviante e, por fim, aplicando ao indivíduo um tratamento específico (BARATTA, 2002, p. 94).

Tem-se a construção do criminoso e da criminalidade, na ótica de Fritz Sack, como uma realidade social criada a partir de uma “qualidade” imposta por juízos atributivos (BARATTA, 2002, p. 107). Nessa linha, Sack aponta que o ato de condenar corresponderia à produção de uma nova realidade, pois a sentença tem o condão de redefinir a identidade dos réus ao imputar-lhes o *status* de “criminoso”, por exemplo (BARATTA, 2002, p. 107).

O poder de definição pertenceria a quem promove o processo de definição, e, no caso, o processo em questão pode também ser chamado de “Criminalização Secundária” (PRADO; MAILLO, 2004, p. 322). Enquanto as instâncias legislativas realizam a criminalização primária ao tipificar condutas, à polícia e ao judiciário cabe a criminalização secundária, ao definirem quais dos comportamentos observados na realidade material corresponderiam à concretização de tipos penais.

Para a Criminologia Radical o fundamento do direito penal é garantir a hegemonia de um grupo social (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 70), o qual deteria o poderio econômico e político. Parte-se da premissa de que o direito penal, quando é aplicado, puniria com intensidade desigual, distribuindo o *status* de criminoso de modo desigual (BARATTA, 2002, p. 162), correspondendo ao risco de consolidação de um direito penal do autor (focado nas qualidades do réu tanto quanto nas qualidades do ato).

Cristina Rauter (2003, p. 19) afirma que as decisões judiciais reproduziriam as segregações sociais a partir da racionalidade própria de uma classe mais abastada. Nessa linha, conforme aponta Christie (2003, p. 19), o desprezo pelos estigmatizados implicaria em uma abstração de que as consequências do

juízo recairão sobre um ser humano e todos vinculados a ele.

A perspectiva supracitada espelha uma noção que se aproxima da concepção de luta de classes, no sentido de que aqueles com o poder (especialmente econômico) o manusearão visando preservar as estratificações sociais. Ocorre que, diante do princípio do livre convencimento, ainda que as decisões sejam fundamentadas, os estímulos subjetivos que as conduziram para um sentido, ou outro, não podem ser identificados com exatidão. É evidente que determinados dados objetivos podem, a depender do pressuposto de análise adotado, apontar para a direção indicada pela autora, mas, em virtude da imensa gama de fatores os quais gozam do condão para influenciar uma decisão judicial, afirmações conclusivas jamais serão plenamente acertadas.

Ora, o que se podem apontar são tendências, e tendências as quais talvez fossem analisadas com maior exatidão a partir de conceitos da psicologia. Contudo, o que justifica a existência dessas dependerá de qual viés será adotado na construção destes “porquês” mediante os dados estatísticos disponíveis. Fatores como “humor”, “nível de estresse”, “disponibilidade de tempo”, “pressão institucional”, “atenção”, são relevantes na formulação de uma decisão e, entretanto, não são mensuráveis, de modo que, ao imputar a uma instituição o agir de uma forma em virtude de questões específicas, arrisca-se ignorar o quão aleatórios podem ser os pressupostos iniciais de um processo decisório.

Passasse agora a descrever a metodologia utilizada para o levantamento e análise das questões tratadas anteriormente.

5. METODOLOGIA

Durante a pesquisa foram analisadas 277 decisões judiciais, considerando “decisão” como “decisão por indivíduo e não por Audiência de Custódia. Tal amostra embarca decisões

de seis magistrados dentre algumas das maiores cidades do Sul do País e concernentes aos delitos de roubo, furto e tráfico de drogas. Os autos foram consultados via sistema eletrônico de consulta processual. Em nenhum dos casos, ressalta-se, houve o relaxamento da prisão diante de qualquer ilegalidade do flagrante.

Os critérios analisados nas decisões subdividem-se em quatro grupos: i) dados do processo, ii) dados do delito em questão, iii) dados do flagranteado e iv) dados da decisão.

No primeiro grupo, incluem-se o número dos autos, a comarca e o juiz que proferiu a decisão.

No segundo grupo, foram analisados o tipo penal e eventuais majorantes e qualificadoras considerados pelo magistrado, bem como possíveis peculiaridades do caso concreto, abordadas no relatório do julgador, que pudessem apresentar alguma relevância à decisão, tais como: quantidade de drogas, local em que ocorreu o delito, emprego de violência física, dentre outros.

No terceiro grupo, os dados pessoais do flagranteado incluem: condenações transitadas em julgado que, em relação à prisão em flagrante, configurariam reincidência no caso de nova condenação penal e os respectivos delitos (denominado por “reincidência”); condenações transitadas em julgado que, em relação à prisão em flagrante, poderiam configurar maus antecedentes e os delitos correspondentes (denominadas por “maus antecedentes”); ações penais e inquéritos policiais em curso e respectivos delitos (denominadas por “passagens”); e dados pessoais do flagranteado (sexo, etnia, idade, emprego e vícios).

Os dados de reincidência, antecedentes e passagens foram obtidos pela análise de certidões do sistema Oráculo que estavam juntadas aos autos no momento da audiência, e os dados pessoais do flagranteado foram colhidos dos respectivos autos de interrogatório e vida pregressa, lavrados pela autoridade policial responsável pela prisão do flagranteado.

Por fim, no quarto grupo, foi identificada a decisão final

como decretação de prisão preventiva, ou concessão de liberdade provisória, bem como seus fundamentos e justificativas. No caso das decisões de prisão preventiva, para fins desta pesquisa, considerou-se como fundamento as condições expressadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal (garantia da “ordem pública” ou econômica, conveniência da instrução criminal, assecuramento da aplicação da lei penal e descumprimento de obrigações impostas por força de outras cautelares). Observa-se que as justificativas seriam materializações dos fundamentos, sendo identificadas como principais: a credibilidade da justiça, reincidência, gravidade do *modus operandi*, evitar descumprimento de cautelares, reiteração delitiva, acautelar meio social e a suposta periculosidade do flagranteado.

Para identificar o impacto, tanto das variáveis criminais (tipo do crime, reincidência...), quanto dos flagranteados (idade, etnia...), a metodologia empregada foi o uso da regressão logística binária⁷. Isto se deve à natureza da variável dependente, que é qualitativa, já que o juiz decide pela prisão preventiva ou pela liberdade provisória. Como são apenas duas opções, o modelo é binário. Decidiu-se pela prisão preventiva representar a ocorrência do evento. Desta forma, a variável resposta (Y) é igual a 1, em caso de ocorrência do evento, e 0, caso contrário.

O objetivo do modelo Logit é estabelecer a probabilidade da observação estar no grupo de ocorrência do evento de acordo com as variáveis dependentes. Assim, o modelo irá obter a probabilidade da decisão de acordo com os parâmetros estimados através de máxima verossimilhança com a seguinte função (King, 2008):

⁷ Técnica largamente utilizada na estatística para medir a relação entre um conjunto de variáveis e uma outra variável binária. Assim, mede-se a probabilidade de ocorrência de um evento (no caso, prisão preventiva ou liberdade provisória) com base nas outras informações coletadas dos flagranteados, as quais representam o conjunto de variáveis independentes, enquanto a prisão preventiva/liberdade provisória corresponde à variável binária.

$$\text{Logit}(p_i) = \ln\left(\frac{p_i}{1-p_i}\right) = \beta_0 + \beta_1 x_1 + \dots + \beta_k x_{k,i}$$

A interpretação dos parâmetros do modelo de regressão logística não é trivial. Os coeficientes mostrarão, de acordo com cada variável, a probabilidade de ocorrência do evento sobre a probabilidade de não-ocorrência. Para avaliar o impacto dos parâmetros na probabilidade do evento, estes devem ser transformados por antilogaritmos.

O quadro 1 apresenta as variáveis explicativas do modelo e seus respectivos valores, média e desvio padrão.

Quadro 1 – Variáveis independentes utilizadas no modelo

Variáveis	Valores	Média	Desvio Padrão
Magistrado (1,2,3,4 e 5)	Igual a 1 se a audiência foi julgada pelo respectivo magistrado, caso contrário, 0;	-	-
Roubo	Igual a 1 se o crime for de roubo, caso contrário, 0;	0.393	0.489
Sexo	Caso o flagranteado seja do gênero masculino:1, se for feminino:0;	0.866	0.340
Etnia	Caso o flagranteado seja negro ou pardo:1, se for branco: 0;	0.480	0.500
Idade	Idade do flagranteado;	25.953	7.429
Vício_maconha	Se o flagranteado seja viciado em maconha:1, caso contrário, 0;	0.209	0.407
Vício_cocaína	Se o flagranteado seja viciado em cocaína:1, caso contrário, 0;	0.0397	0.195
Vício_crack	Se o flagranteado seja viciado em crack:1, caso contrário, 0;	0.173	0.379
Reincidência	Quantidade de reincidências no mesmo crime;	0.683	1.227
Passagens	Número de passagens pela polícia;	1.169	1.473
Tráfico_maconha	Caso o crime seja tráfico de maconha,1; caso contrário, 0;	0.129	0.336
Tráfico_cocaína	Caso o crime seja tráfico de cocaína,1; caso contrário, 0;	0.086	0.281
Tráfico_crack	Caso o crime seja tráfico de crack,1; caso contrário, 0;	0.119	0.324
Residência	Caso o furto ou roubo seja à residência da vítima,1; se não, 0;	0.104	0.306

É importante explicar que durante a observação dos dados ficou nítida a diferença de probabilidade da decisão, em um sentido ou outro, entre os magistrados. Por isso, para controlar esse fator, foi incluída uma variável *dummy* (variável que pode assumir valor 0 ou 1) para cada magistrado.

Cabe ressaltar que como são analisados três tipos de crime na pesquisa (furto, roubo e tráfico) e eles são tratados como *dummies* na regressão logística, é preciso que um deles seja omitido para evitar a multicolineariedade⁸. Por isso, o furto é o “crime padrão”, até por ser o de menor gravidade. O mesmo ocorreu para a variável de controle dos magistrados, vez que um deles foi aleatoriamente omitido.

6. RESULTADOS

Os resultados dos parâmetros estimados da regressão logística estão na Tabela 1. Também são apresentados o valor do teste de Wald, o qual demonstra a significância individual dos parâmetros, e as razões de chance (Odds ratio), que facilitam a interpretação dos coeficientes.

Tabela 1 – Resultados do modelo Logit: Impacto das variáveis na decisão do Magistrado

Coefficiente (N=277)	B	Wald	P	Razões de chance
Magistrado 1	-3.546***	-5.13	0.000	0.028
Magistrado 2	-1.742***	-3.48	0.001	0.175
Magistrado 3	-1.876***	-3.19	0.001	0.153
Magistrado 4	1.999***	2.89	0.004	7.388
Magistrado 5	-1.560*	-1.74	0.082	0.210
Roubo	2.557***	5.63	0.000	12.907
Tráfico_Maconha	1.270**	2.25	0.025	3.561
Tráfico_Cocana	2.054***	2.82	0.005	7.805
Tráfico_Crack	1.457**	2.40	0.017	4.293
Sexo	0.732*	1.66	0.097	2.080
Etnia	-0.118	-0.35	0.727	0.888
Idade	-0.055***	-2.98	0.003	0.946
Vício_Maconha	0.691	1.53	0.125	1.99
Vício_Cocaína	-1.800*	-1.71	0.088	0.165
Vício_Crack	0.054	0.11	0.911	1.056
Reincidência	0.751***	4.44	0.000	2.119
Passagens	0.244*	1.95	0.051	1.277
Residência	1.179*	1.87	0.062	3.251

Wald chi2(18) = 69.58 Prob > chi2 = 0.0000

Pseudo R2 = 0.3990

*significativo a 10%, **significativo a 5%, ***significativo a 1%.

O foco da análise deve se concentrar na direção dos

⁸ Relações lineares exatas entre as variáveis dependentes.

parâmetros estimados, que indica se a variável aumenta ou diminui a chance do flagranteado ter a prisão preventiva decretada. A observação do valor absoluto dos coeficientes ficará em segundo plano.

O teste Wald global mostrou que o modelo tem significância conjunta. Já o pseudo R^2 expõe que quase 40% das decisões dos magistrados é explicada pelas variáveis do modelo.

Como destacado anteriormente, fica evidente a diferença da chance de decreto de prisão preventiva entre os juízes. Por exemplo, caso o flagranteado seja julgado pelo Magistrado 4, ele tem 7.38 vezes mais chance de ser mantido preso do que o magistrado utilizado como referência. Esse fator, utilizado aqui como variável de controle, tem potencial para ser melhor analisado em pesquisas posteriores.

As variáveis de controle do tipo de crime seguem o resultado esperado. O roubo tem maior probabilidade (12.9 vezes mais) de resultar em prisão preventiva do que o furto. O mesmo acontece com o tráfico. É importante notar que o tráfico pode ocorrer (e normalmente ocorre) com mais de uma substância ao mesmo tempo. Por isso não se pode afirmar que tem menor probabilidade de ser punido do que o roubo.

É razoável apontar que o tráfico de cocaína tem menor chance de prisão preventiva comparando com o de maconha e crack (2.19 e 1.81 vezes mais, respectivamente). As variáveis de reincidência, passagens e de crime em residência retornaram valores positivos, como esperado. Elas podem ser analisadas tanto do ponto de vista “legal”, quanto do comportamental e serão melhor discutidas na próxima seção.

O resultado do coeficiente estimado do sexo do acusado mostra que os homens têm mais probabilidade de prisão preventiva do que as mulheres (2.08 vezes mais). Isso indica um viés sistemático por parte dos magistrados e corrobora com a tese de cavalheirismo/paternalismo. A mulher é vista, segundo essa teoria, como alguém mais frágil que não está dentro da

representação padrão de criminoso, o que pode revelar um provável recurso à heurística de representatividade.

As variáveis de etnia e de vício em maconha e crack não foram significantes, portanto não se diferencia os valores de 0.

Já a Idade retornou um coeficiente bastante relevante. Cada ano a mais na idade do flagranteado representa 5,4% menos chance de prisão preventiva. Isso vai de acordo com a representação padrão de um criminoso, em geral jovem, como encontrado por outras pesquisas, como em *Doerner e Demuth (2010)*.

O vício em cocaína retornou a um valor negativo, ou seja, o flagranteado que alegou ter vício em cocaína, droga com um valor de venda muito superior ao da maconha, tem mais chance (83,5%) de ser liberado provisoriamente.

A Tabela 2 apresenta o grau de classificação correta pela estimação do modelo de regressão logística. Assim, utilizou-se um ponto de corte de 0,5. Ou seja, se o valor estimado for acima de 0,5 a previsão é de decisão por prisão preventiva. Deste modo, o modelo estimou de maneira acertada 82,67% das decisões.

Tabela 2 – Classificação preditiva do modelo Logit

Estimação/Real	PP	LP	Total
PP	145	27	172
LP	21	84	105
Total	166	111	277
Corretamente classificado			82.67%

7. DISCUSSÃO

Nesta seção, pretende-se relatar e problematizar outras situações perceptíveis a partir da análise das decisões que, embora não sejam quantificáveis para os fins desta pesquisa, possam apresentar análises interessantes a partir da teoria comportamental e da criminologia.

Interessante cogitar, embora a ocorrência de tal fato não possa ser comprovado, a questão da “massificação de modelos

de decisão” ou, em outras palavras, o uso rotineiro e constante de modelos prontos de decisão. Conforme brevemente comentado em seções anteriores, a carga de trabalho e a exigência de decisões rápidas instigam à recorrência ao uso de modelos que já contenham o conteúdo decisório. A possibilidade de ocorrência dessa massificação dificulta o controle e análise do processo decisório, uma vez que a utilização maciça de modelos que já contém argumentos prontos, como se fossem “coringas”, suprime etapas normalmente seguidas nesses processos.

Na maioria dos casos, as decisões de liberdade provisória costumam apontar, como argumento, a ausência de requisitos para a prisão, o que semanticamente pode ser interpretado como uma busca por motivos para decretar a prisão preventiva. Em termos simbólicos, tal pressuposto, se de fato é seguido, contraria a lógica de que a prisão deveria ser exceção à regra, embora a realidade mostre que população de presos preventivos no Brasil é de aproximadamente 41%.

Outro fato a ser explorado, conforme citado em seção anterior, é a questão da utilização da reincidência e das “passagens” como argumentos para decretação da prisão preventiva, vez que tais circunstâncias indicariam uma propensão do autuado a delinquir novamente. Aqui cabe uma análise crítica sob a ótica da garantia fundamental da presunção de inocência. A existência de tais dados no histórico do flagranteado apenas possui o condão concreto de provar uma única coisa: de que o flagranteado praticou crimes e teve envolvimento em outros inquéritos policiais, mas jamais poderá indicar, a partir da ótica das garantias fundamentais, que tal indivíduo retornará a praticar delitos.

Embora nos referidos casos e na jurisprudência pátria⁹

⁹ A título de exemplo, pode-se citar: STF - RHC 122647 SP - Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 19 de agosto de 2014. Órgão julgador: Primeira turma. Publicação: DJe-178 DIVULG 12-09-2014 PUBLIC 15-09-2014 e STF: HC 122090 DF. Relator: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 10 de Junho de 2014. Órgão Julgador: Primeira turma. Publicação: DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014.

sejam aceitas relativizações da presunção de inocência, é inegável que tal lógica segue os pressupostos semelhantes aos “discursos perigosistas”, que buscam, a partir da lógica de risco, impedir ocorrência de crimes.

Há também a problematização acerca da insegurança jurídica, com base na alta “variação decisória”. Tal variação, extremamente significativa quando contrastados os percentuais de decreto da prisão provisória, ilustra uma vez mais que os conceitos abertos que o art. 312 do Código de Processo Penal permitem a ocorrência de interpretações deveras destoantes ainda que os casos e elementos externos a esse possam se apresentar como semelhantes. A título de elucidar tal questão, a depender do magistrado competente, as chances do decreto de prisão possam, por exemplo, aumentar em até 700%, ainda que as variáveis circunstanciais e causais sejam constantes.

Ainda, observa-se que o fator “etnia” não apresentou variante significativa, embora o Sul do País tenha uma população caucasiana predominante, o que poderia se supor que levasse ao racismo, especialmente em casos cujo ordenamento permite a maior emergência da subjetividade, isso não foi observado nesses casos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi constatado pela econometria, jovens e homens tem maior probabilidade de terem prisão preventiva decretada. Além disso, é interessante notar que enquanto o tráfico de cocaína incorre na maior probabilidade de encarceramento dos agentes, os indivíduos viciados na mesma droga têm menor chance de prisão preventiva para qualquer crime

Mais uma vez, importante lembrar que a possibilidade da massificação de modelos dificulta a compreensão do processo decisório e argumentativo, porém cumpre ressaltar que, dada a importância e a gravidade causada pelas decisões proferidas pelo

Poder Judiciário, é fundamental refletir acerca desse fenômeno.

Por fim, fazem-se necessárias novas pesquisas sobre o tema, que possam abranger mais localidades e amostras, encontrando, assim, padrões sistemáticos no sistema judiciário brasileiro como um todo, visto que a amostra adotada pela presente pesquisa ainda é pequena para se tomarem conclusões com validade ampla.



9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMS, D. S.; BERTRAND, M.; MULLAINATHAN, S. Do Judges Vary in Their Treatment of Race? *The Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 2, p. 347-383, 2012. Disponível em: < <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/666006>>.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: 3ª ed., Renavan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002
- BODENHAUSEN, G. V.; WYER, R. S. Effects of stereotypes in decision making and information-processing strategies. *Journal of personality and social psychology*, v. 48, n. 2, p. 267, 1985. ISSN 1939-1315.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas Nacionais para 2017 Aprovadas no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário*. Distrito Federal: 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bb0615aba58b6a.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os números da Justiça Criminal no Brasil*. Distrito Federal: Informativo Rede Justiça Criminal, nº 8, janeiro 2016.

- BUSHWAY, S. D.; PIEHL, A. M. Judging judicial discretion: Legal factors and racial discrimination in sentencing. *Law and Society Review*, p. 733-764, 2001. ISSN 0023-9216.
- CHAMPION, D. J. Elderly felons and sentencing severity: Interregional variations in leniency and sentencing trends. *Criminal Justice Review*, v. 12, n. 2, p. 7-14, 1987. ISSN 0734-0168.
- CHESNEY-LIND, M. Judicial paternalism and the female status offender: Training women to know their place. *NPPA Journal*, v. 23, n. 2, p. 121-130, 1977. ISSN 0011-1287.
- CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Renavan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Em: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba: nº 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. *Empório do Direito*, 16/04/2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 02 de fev. de 2016.
- CUTSHALL, C. R.; ADAMS, K. Responding to older offenders: Age selectivity in the processing of shoplifters. *Criminal Justice Review*, v. 8, n. 2, p. 1-8, 1983. ISSN 0734-0168.
- DOERNER, J. K.; DEMUTH, S. The independent and joint effects of race/ethnicity, gender, and age on sentencing outcomes in US federal courts. *Justice Quarterly*, v. 27, n. 1, p. 1-27, 2010. ISSN 0741-8825.
- FRANKLIN, C. A.; FEARN, N. E. Gender, race, and formal court decision-making outcomes: Chivalry/paternalism, conflict theory or gender conflict? *Journal of Criminal*

- Justice, v. 36, n. 3, p. 279-290, 7// 2008. ISSN 0047-2352. Disponível em: < //www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047235208000500>.
- GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J. J.; WISTRICH, A. J. Judging by Heuristic-Cognitive Illusions in Judicial Decision Making. *Judicature*, v. 86, p. 44, 2002.
- _____. *Blinking on the bench: How judges decide cases*. Cornell L. Rev., v. 93, p. 1, 2007.
- KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Subjective probability: A judgment of representativeness. In: (Ed.). *The concept of probability in psychological experiments*: Springer, 1972. p.25-48.
- KING, J. E. Binary logistic regression. *Best practices in quantitative methods*, p. 358-384, 2008.
- LOPEZ, I. F. H. Institutional racism: Judicial conduct and a new theory of racial discrimination. *Yale Law Journal*, p. 1717-1884, 2000. ISSN 0044-0094.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil: Volume 1*. Campinas (SP): 9ª ed., Millennium, 2003
- PEER, E.; GAMLIEL, E. Heuristics and biases in judicial decisions. *Ct. Rev.*, v. 49, p. 114, 2013.
- PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Curso de Criminologia*. São Paulo: 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2004
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2003.
- SIMON, H. A. A behavioral model of rational choice. *The quarterly journal of economics*, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955. ISSN 0033-5533.
- STEFFENSMEIER, D.; KRAMER, J.; ULMER, J. Age differences in sentencing. *Justice Quarterly*, v. 12, n. 3, p. 583-602, 1995. ISSN 0741-8825.
- TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: (Ed.). *Utility, probability, and*

human decision making: Springer, 1975. p.141-162.

ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume—teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1., Parte Geral*. São Paulo: 6ª ed., vol. 1 Revista dos Tribunais. 2006