

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**

MARIANA GUERRA CASTRO

**Conforto cognitivo, vieses e ordem pública: o abuso da decretação
da prisão preventiva no Brasil à luz do poder do inconsciente do
juiz**

Orientador: Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy
Badaró

Orientanda: Mariana Guerra Castro N ° USP 10339535

**SÃO PAULO
2021**

MARIANA GUERRA CASTRO

**Conforto cognitivo, vieses e ordem pública: o abuso da decretação
da prisão preventiva no Brasil à luz do poder do inconsciente do
juiz**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como parte dos requisitos para
conclusão do curso de graduação em Direito.

Orientador: Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy
Badaró

Orientanda: Mariana Guerra Castro N ° USP 10339535

**SÃO PAULO
2021**

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, por processos fotocopiadores e outros meios eletrônicos

Guerra Castro, Mariana

Conforto cognitivo, vieses e ordem pública: o abuso da decretação da prisão preventiva no Brasil à luz do poder do inconsciente do juiz / Mariana Guerra Castro, São Paulo, 2021

**Monografia de Graduação -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021**

**Orientador: Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy
Badaró**

AGRADECIMENTOS

Dedico o trabalho primeiramente e atipicamente à mim, como reconhecimento do esforço e das dificuldades do caminho até aqui. Só nós mesmas sabemos como o percurso que culmina com esse trabalho foi complicado, mas extremamente revelador. Que os desafios do futuro sejam ainda maiores.

Dedico esse estudo também a meus pais. A meu pai por me inspirar diariamente a me desafiar e nunca duvidar do meu potencial, e minha mãe por me ensinar a aproveitar os pequenos momentos da vida. Amo muito vocês. Obrigada por me apoiarem em tudo que faço.

Ao meu irmão, porque quem te admira e se inspira em você sou eu.

Ao Pedro, por acreditar em mim e me dar o empurrão que precisava para sonhar longe. Espero poder retribuir no futuro ao menos 1% do que você me deu.

Aos meus amigos, que são parte de mim, Isabela, Gabriela, Fernanda, Gustavo, Danilo, Lara, Clara, por fazerem de mim quem eu sou hoje. Carrego vocês comigo em qualquer lugar que o futuro me levar e sempre estarei por perto.

À Mari, pelo amor e compreensão diários. Chegou não faz tanto tempo, mas me acompanhou por todo esse processo e me ensinou a não ter vergonha de viver a vida e aprender dos outros.

Agradeço também ao Arthur, não só pela ajuda essencial nesse trabalho, mas também pelos momentos que colecionamos nestes cinco últimos anos.

Durante décadas no Brasil, os profissionais do Direito foram levados a crer que a prisão preventiva (...) era uma medida cautelar, independentemente do desencaixe evidente entre a descrição legal das hipóteses de cabimento e as características das medidas cautelares em geral.

Neste mundo mudado em seus fundamentos, em que o conceito de democracia é dependente do de direitos humanos e é formulado contemplando a dignidade da pessoa humana, interrogar práticas que limitem drasticamente a dignidade das pessoas, como é o caso da prisão preventiva, torna-se uma necessidade política.

GERALDO PRADO

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise crítica do abuso na decretação da prisão preventiva no Brasil, com especial atenção ao papel do juiz em tal processo. Ele, enquanto ser humano dotado de sua subjetividade e irracionalidade assim como qualquer um, está sujeito a vieses e fenômenos de comportamento inconscientes, os quais estão completamente fora de seu controle racional e podem ter relação com os números expressivos de presos provisórios no Brasil. Para tal análise, buscar-se-á entender o instituto das medidas cautelares e suas características principais de instrumentalidade e acessoriedade, assim como os requisitos para sua decretação. Dentre tais requisitos, dar-se-á especial atenção ao conceito de "ordem pública" e suas inúmeras interpretações pela jurisprudência. Os estudos psíquicos dos juízes em situações de tomada de decisão serão realizados principalmente pela perspectiva do conceito de Dissonância Cognitiva, de Festinger, assim como o fenômeno denominado efeito Halo. Ademais, será analisada, dentro do contexto da relação juiz e acusado, o papel da audiência de custódia na decretação da prisão preventiva e seus efeitos no inconsciente do juiz. Por fim, buscar-se-á alternativas para o contorno de tais fenômenos, seja no âmbito pessoal dos juízes, seja no procedimento penal das prisões preventivas.

Palavras-Chave: Prisão preventiva- vieses- psicologia social- ordem pública- dissonância cognitiva- audiência de custódia

ABSTRACT

This study intends to do a critical analysis of the abuse of the pre-trial detention in Brazil, with special attention to the roll of the judges in this process. Them, as human beings with their subjectivism and irrationality, will be influenced, as would anyone, by biases and behavior phenomenons which could be related and will be studied in terms of its influence in the expressive number of pre-trial prisoners in Brazil. For this analysis, a more in dept study of protective measures and their mains characteristics will be done, as well as a critical analysis of the requirements for their enforcement. Amongst those requirements, special attention will be given to the notion of “public order” and its endless interpretations created by the Brazilian courts. The psychological study of a decision-making state in judges minds will be done mainly from the perspective of “Cognitive Dissonance”, coined by Leon Festinger, as well as what is known as the Halo effect. Furthermore, within the judge and indicted relationship, the roll of custody hearings will be explored as of to which extent it can influence the judge’s unconscious mind. Finally, alternatives to avoid such phenomenons will be investigated, wheatear it will be in the personal sphere of the judges, or in criminal procedure.

Key-words: Pre-trial detention - biases – social psychology - public order - cognitive dissonance - custody hearing

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. O CENÁRIO ATUAL DOS PRESOS PREVENTIVOS NO BRASIL EM NÚMEROS	11
CAPÍTULO 2. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA E AS MEDIDAS CAUTELARES	15
2.1. Breve histórico do instituto no Brasil	15
2.2. A natureza cautelar da prisão preventiva e os requisitos para sua decretação	17
2.3. Decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública	19
CAPÍTULO 3. O PAPEL DA COGNIÇÃO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	28
3.1. Imparcialidade e sistema acusatório	28
3.2. A Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger	29
3.3. Os estudos de Bernd Schünemann	31
3.4. Festinger e Schünemann no contexto cautelar e o efeito "Halo"	32
3.5. Ancoragem e disponibilidade	35
3.6. Audiência de custódia	38
3.6.1. Classificação de pessoas e coisas	41
CAPÍTULO 4. POSSÍVEIS MUDANÇAS	46
4.1. Mudanças pessoais dos juízes	46
4.2. Princípio da proporcionalidade	47
4.3. O Papel dos Tribunais	49
4.3.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos	49
4.3.2. Os tribunais brasileiros	50
CONCLUSÕES	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares, em especial a prisão provisória, são de muito interesse no estudo do Direito Processual Penal, tanto pela doutrina quanto jurisprudência. Tal relevância pode ser explicada, entre outras inúmeras razões, pelo fato de tais medidas interferirem diretamente na liberdade do indivíduo antes mesmo de qualquer sentença condenatória transitada em julgado. Na prisão preventiva a delicadeza é ainda maior, uma vez que antecede qualquer sentença de mérito, revelando seu caráter excepcional dentro do ordenamento jurídico.

Apesar de seu duro caráter de privação de liberdade, a realidade do sistema carcerário brasileiro revela números expressivos e alarmantes de presos provisórios no Brasil, o que demonstra sua banalização¹ como consequência do abuso em sua decretação. A explicação para tal fenômeno de encarceramento em massa de presos provisórios, no entanto, não é única e perpassa muitas áreas do conhecimento para além do Direito.

O presente trabalho busca contribuir à análise crítica do abuso da decretação da prisão preventiva sob o viés do papel do juiz, especialmente dentro de seus processos e vieses cognitivos. Muito embora a cognição do juiz seja consideravelmente abordada ao se discutir imparcialidade dentro do Processo Penal, especialmente após a inserção da figura do juiz de garantias da Lei nº 13.964/2019, o estudo da cognição dos magistrados especificamente no momento da decretação da prisão preventiva pode ser extremamente benéfico à compreensão dos excessos em sua aplicação.

Para a construção da análise, basear-se-á, principalmente, no fenômeno da Dissonância Cognitiva de Leon Festinger², analisando-se os efeitos do contato inicial com o inquérito policial, com o acusado, assim como a ideia de "ordem pública" trazida pelo artigo 312 do Código de Processo Penal - CPP.

Importante ressaltar que o presente Trabalho de Conclusão de Curso, muito embora explore diversos conceitos da psicologia social, permanece um estudo do Direito. O objetivo do presente estudo é trazer a discussão da análise dos vícios cognitivos aos juízes

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: atualizado - lei 12.403/2011. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20.

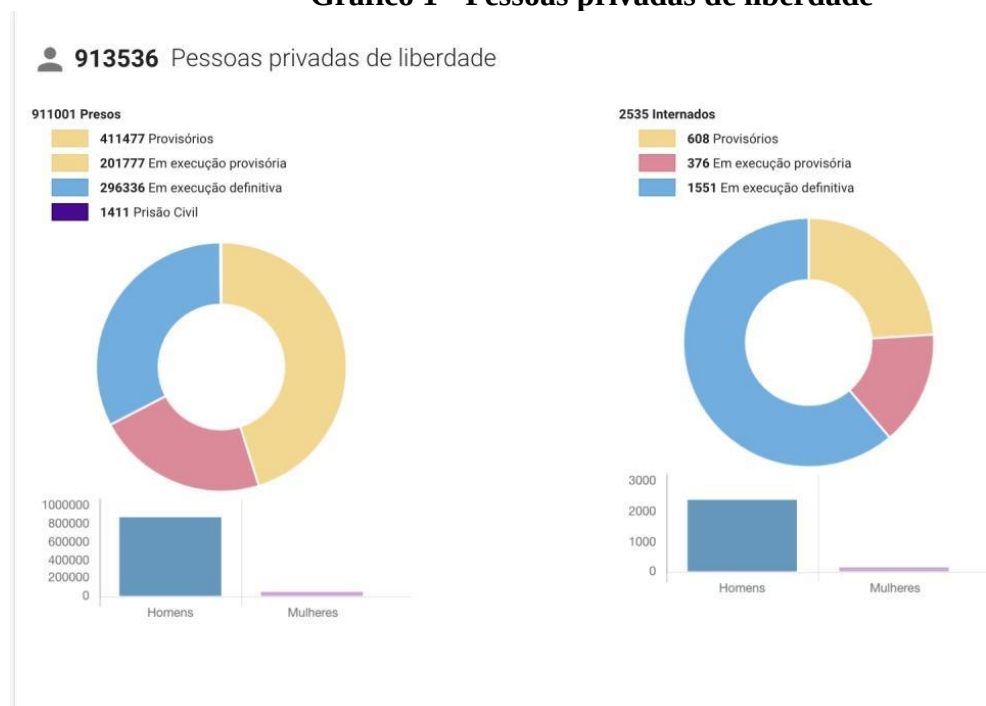
² FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

no momento da decretação de prisões preventivas, de modo a problematizar e pensar propositivamente sobre esse fenômeno tão urgente na realidade penal brasileira.

CAPÍTULO 1. O CENÁRIO ATUAL DOS PRESOS PREVENTIVOS NO BRASIL EM NÚMEROS

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN³, no período entre julho e dezembro de 2020, mesmo frente à pandemia do Coronavírus, o Brasil contava com 215.317 presos provisórios dos 668.135 totais, o que representa cerca de 32%. Já o Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁴ apontava para o dado de 913.536 pessoas privadas de liberdade nacionalmente nesse ano de 2021, das quais 411.477 seriam presos provisórios - o que indica percentual na faixa de 45%. Independentemente das divergências de dados, é inegável o expressivo número de presos provisórios dentro do sistema prisional brasileiro. Particularmente, conforme os dados do CNJ, dentre os presos provisoriamente, 201.777 são presos em execução provisória, e não definitiva, cifra a qual corresponde a quase metade dos presos provisórios:

Gráfico 1 - Pessoas privadas de liberdade



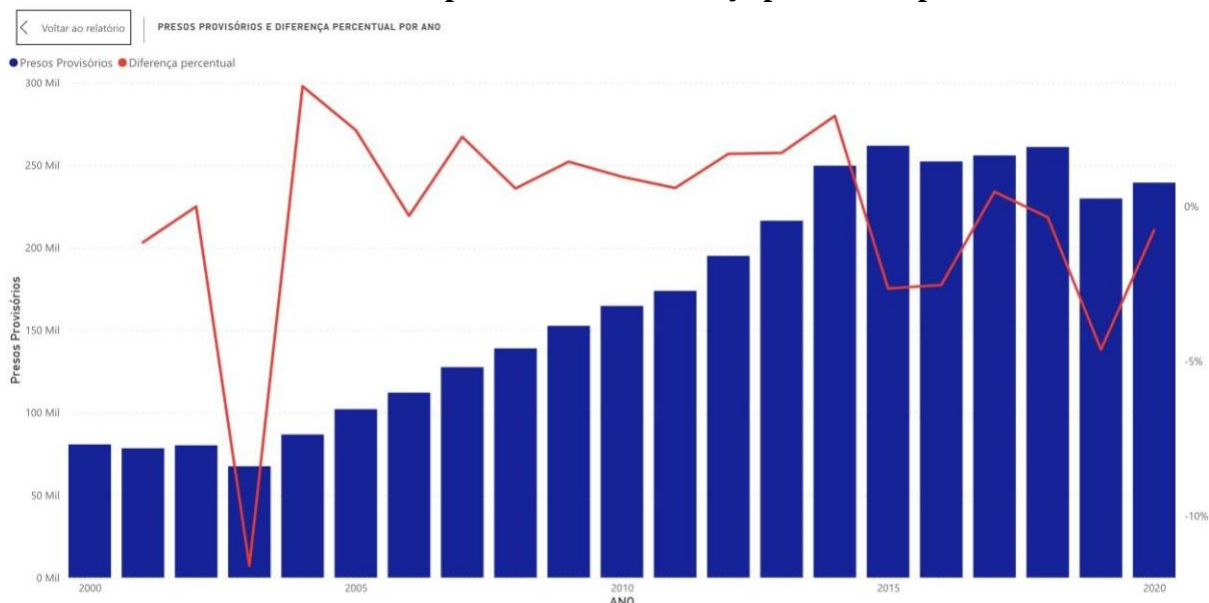
Fonte: Banco nacional de monitoramento de prisões: cadastro nacional de presos. Disponível em <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 1 de set. de 2021.

³ Base de dados disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTQiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 1 de set. de 2021.

⁴ Base de dados disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 1 de set. de 2021.

Importante ressaltar que, apesar de pequenas variações, o número de presos provisórios manteve-se consideravelmente estável nos últimos cinco anos, com crescimento exponencial a partir de 2005:

Gráfico 2 - Presos provisórios e diferença percentual por ano



Fonte: Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWwNmlwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 1 de set. de 2021.

Além disso, cabe apontar o aumento no número de presos provisórios no Brasil entre os anos de 2020 e 2021, conforme levantamento feito sobre o sistema prisional pelo G1 em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁵. Considerando que tal período compreende o surgimento e disseminação do Coronavírus, com a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do CNJ⁶, incentivando a reavaliação das prisões provisórias relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça e pessoas presas em estabelecimentos penais superlotados, percebe-se que nem sequer uma situação excepcional e grave como a da pandemia alterou consideravelmente o panorama de presos provisórios brasileiros.

⁵ SILVA, Camila *et al.* População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**, Rio de Janeiro, 17 de mai. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>. Acesso em 1 de jun. de 2021.

⁶ BRASIL. CNJ. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **DJe/CNJ**, Brasília, 17 de mar. de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 12 de jul. de 2021.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa⁷, organização da sociedade civil de interesse público, realizou um mutirão carcerário pela liberdade de pessoas presas provisoriamente nos termos da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do CNJ já citada. O mutirão teve como finalidade a efetivação de pedidos de relaxamento de prisão, concessão de liberdade provisória e de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas ou prisão domiciliar a presos provisórios atendidos pela assistência judiciária suplementar no Estado de São Paulo.

Os dados do mutirão revelam que apenas 30,6% das pessoas brancas acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça obtiveram decisão favorável ao relaxamento da prisão preventiva. Entre as pessoas negras na mesma situação, o número foi ainda mais baixo: 27,3% obtiveram decisão favorável. Outro resultado surpreendente foi de que, ao contrário do que o CNJ considerou em suas recomendações, apenas 47,5% das decisões favoráveis mencionaram a pandemia. Na primeira instância, 42,8% das decisões favoráveis nem chegaram a considerar a crise sanitária. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP esse número correspondeu a 57,6%, enquanto no Superior Tribunal de Justiça - STJ a 52,8% das decisões. No Supremo Tribunal Federal - STF, de quatro decisões favoráveis, apenas uma mencionou a pandemia e fez referência à Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do CNJ.

Ademais, além da análise dos números gerais da prisão preventiva brasileira, um recorte de tipos penais leva à conclusão de que muitos crimes têm a prisão cautelar enquanto regra, e não exceção. No crime de tráfico de drogas, por exemplo, conforme estudo realizado por Marcelo Semer⁸, nas sentenças de primeiro grau que apreciaram denúncias de tráfico de drogas de oito estados brasileiros, em 89,86% dos casos, os réus iniciaram o processo presos em flagrante, com conversão em preventiva; em 2,22%, houve decretação de prisão preventiva sem flagrante e não há registro de prisão para apenas 7,92% dos casos.

Todos esses números levam à conclusão de que há uma incongruência entre um instituto que, como se verá mais detalhadamente, caracteriza-se por sua natureza

⁷ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Justiça e negacionismo**: como magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/08/idd-relatorio-negacionismo-final-2.pdf>>. Acesso em: 26 de nov. de 2021.

⁸ SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 281.

cautelar e instrumental⁹, assim como acessória e provisória¹⁰, e os dados que indicam sua decretação de forma expressiva àqueles que, todavia, aguardam julgamento. Para entender-se tal fenômeno, no entanto, é necessário ter em mente sob quais tipos de concepções e legislações sobre a prisão preventiva viveu o Brasil nas últimas décadas.

⁹ RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 86.

¹⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 72-74

CAPÍTULO 2. O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA E AS MEDIDAS CAUTELARES

2.1. Breve histórico do instituto no Brasil

Embora os dados demonstrem que a prisão cautelar, apesar de seu caráter excepcional na atualidade, seja ampla e corriqueiramente decretada no Brasil, o sistema originário da prisão preventiva já previu uma modalidade de prisão preventiva obrigatória em seu texto legal.

Segundo o Código Penal originário de 1941, aquele preso em flagrante só poderia responder ao processo em liberdade se acusado de crime cuja pena não excedesse três meses. Se er acusado de crime cuja pena não excedesse dois anos, a liberdade não era sem vínculos, mas com prestação de fiança. Entendia-se à época que, nesses casos, a necessidade de prender era menor que o sacrifício da prisão, além do que, na maioria dos casos, ainda que viesse a ser condenado, o réu seria beneficiado com a suspensão condicional do processo.¹¹

Com exceção dos casos dos crimes de menor expressividade e penas menores, a prisão preventiva era considerada obrigatória aos crimes considerados como graves: "Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos".

Dessa forma, todo e qualquer indivíduo ainda em julgamento por crime cuja pena máxima correspondesse ou excedesse dez anos necessariamente responderia ao processo no cárcere. Ademais, aos crimes com pena de reclusão superior a dois anos, o entendimento era de não conceder liberdade àquele detido em flagrante, uma vez que, se fosse condenado não teria como escapar à pena, dado que não poderia ser beneficiado com a suspensão condicional do processo¹².

Nesse raciocínio, havia um juízo quase certo de que o indivíduo seria condenado, dada a intensidade do *fumus boni iuris* decorrente do flagrante¹³. Havendo uma

¹¹ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 1981; e DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

¹² DELMANTO JUNIOR, *op. cit.*, 2001, p. 44.

¹³ *Ibidem*, p. 44.

"certeza" da autoria do fato, e não uma simples probabilidade, a lei dispensava o chamado *periculum in mora*.

Se o autor não tivesse sido surpreendido em flagrante delito, a lei penal falava em prova do crime e indícios de autoria, exigindo o chamado *fumus boni iuris* e falando em necessidade para decretação da prisão preventiva. Percebe-se, então, que o sistema vigente na década de 1940 era contraditório, uma vez que muito embora falasse em necessidade para justificar a prisão cautelar em alguns casos, em outros, que compunham a maioria dos indiciados, presumia a necessidade do acautelamento com base na pena do crime e no flagrante delito.¹⁴

A regra do art. 312 do CPP sofreu diversas críticas à época, até mesmo de doutrinadores italianos, sistema do qual o Brasil importou o instituto da prisão preventiva obrigatória. Na Itália, doutrinadores como Pietro Nuvolone já apontavam a necessidade de desvincular a decretação da prisão preventiva à gravidade do crime: a "concepção mais moderna de custódia preventiva, entendida não como uma sentença antecipada, mas como uma medida tornada necessária pelas necessidades do processo"¹⁵.

No Brasil, as críticas também eram inúmeras contra a decretação da prisão preventiva apenas com base na qualidade e na pena abstratamente considerada. Um de seus críticos mais ferrenhos foi o Professor Romeu Pires de Campos Barros, que afirmou que

assentada a natureza cautelar da medida, o risco que ela representa deve ser distribuído entre o indivíduo e o Estado, daí a necessidade do exame de sua conveniência e necessidade em cada caso concreto¹⁶.

Como consequência das críticas, mas principalmente em resposta a uma crise prática, a superlotação nas cadeias, a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, permitiu que pudessem apelar em liberdade os acusados primários e de bons antecedentes. Com tal lei, conforme Gama Malcher¹⁷, atendeu-se a duas finalidades: tanto reduzir o malefício trazido ao réu primário pela imposição do cárcere, quanto o reconhecimento de que a prisão preventiva estava se transformando em uma verdadeira pena em decorrência do congestionamento dos processos nos juízos de primeiro grau.

¹⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵ No original: "concezione più moderna della custodia preventiva, intesa non già come una pena anticipata, ma come una misura resa necessaria dalle esigenze del processo" (NUVOLONE, Pietro. La riforma del processo penale in Italia e in Germania. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milão, v. 2, p. 345-359, 1962, p. 354).

¹⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. **Da prisão preventiva compulsória**. São Paulo: Saraiva. 1957, p. 142-143.

¹⁷ MALCHER, *apud* BATISTA, *op. cit.*, 1985, p. 52.

Em seguida, uma das mudanças legislativas mais expressivas no instituto aconteceu, surpreendentemente, em um dos períodos mais sombrios da democracia brasileira¹⁸. A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, reordenou o instituto da prisão provisória sob o informa da necessidade da medida, apenas nos casos em que fosse indispensável para a garantia da ordem pública, à segurança social e à conveniência da instrução social. Dessa forma, o flagrante também passou a reclamar a consideração judicial de sua necessidade de acautelamento.¹⁹

Com tal mudança legislativa, a existência do *fumus boni iuris* permite presumir-se que a prisão é necessária. Não obstante, tal presunção é *iuris tantum*, ou seja, pode ceder a prova em contrário com a inexistência de *periculum in mora*²⁰.

Por fim, a consolidação mais expressiva no que tange aos direitos individuais frente ao poder estatal de encarcerar cautelarmente o indivíduo, e que será mais abordada à diante, está na presunção de inocência, consagrada no artigo art. 5º, inc. LVII da Constituição da República de 1988.

A presunção de inocência e a natureza cautelar da prisão preventiva, dados seus requisitos e características, estão intimamente relacionados, o que será explorado a seguir.

2.2. A natureza cautelar da prisão preventiva e os requisitos para sua decretação

Inicialmente, cabe ressaltar que o estudo dos princípios que regem as medidas cautelares é essencial, uma vez que é justamente uma base principiológica estruturante que permite a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência²¹.

Os primeiros princípios a apontar-se são da jurisdicionalidade e motivação. Dado que a prisão em flagrante é medida precária e feita por autoridade policial, o controle jurisdicional deverá ser feito em momento imediatamente posterior²². Não só nos casos

¹⁸ BATISTA, *op. cit.*, 1981; e DELMANTO JUNIOR, *op. cit.*, 2001, p. 59.

¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

²⁰ *Ibidem*, p. 60.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: atualizado - lei 12.403/2011. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

²² LOPER JUNIOR, *op. cit.*, 2011, p. 19.

de prisão em flagrante, mas também toda e qualquer medida cautelar de natureza pessoal está, pois, conforme artigo 5º, inc. LXI da Constituição da República de 1988, condicionada a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Outrossim, tem-se excepcionalidade. Conforme art. 282 parágrafo 6º do CPP²³, a prisão deve ser imposta como última opção, se não cabíveis medidas cautelares alternativas, seja por serem inadequadas ou insuficientes. Ademais, o artigo 282, I do CPP menciona, dentro dessa concepção, as ideias de "necessidade" e "adequação" das medidas cautelares. Acaba, no entanto, por mencionar a ideia de risco de reiteração (evitar a prática de infrações penais). Já o artigo 312 do CPP fala em quatro fundamentos da prisão cautelar: garantia da ordem pública²⁴, ordem econômica, instrução e aplicação da lei penal.

Nesse momento cabe também ressaltar o princípio da proporcionalidade, um dos mais importantes, uma vez que influi em todos os demais e será mais abordado adiante. Ele é extremamente importante dado que estabelece um ténue equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a eficácia na repressão dos delitos²⁵. Aury Lopes Jr afirma que a proporcionalidade deverá ser aplicada ao caso concreto, ponderando-se a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida.²⁶ Tal ponderação está intimamente relacionada aos conceitos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, os quais serão explorados mais adiante.

Ademais, as medidas cautelares apresentam outras características, as quais Cruz²⁷ elenca como: acessoriedade, estando a medida cautelar subordinada ao resultado do processo penal; preventividade, uma vez que a atividade cautelar buscaria prevenir a ocorrência de danos de tortuosa reparação ao processo; instrumentalidade, hipotética e qualificada, uma vez que busca assegurar a eficácia da atividade jurisdicional, cujo resultado é incerto²⁸; provisoriedade, dado que tem justificativa na situação de emergência, devendo deixar de vigorar quando não mais necessária à tutela do processo; revogabilidade, como consequência

²³Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

²⁴ Tal noção será mais explorada diante.

²⁵ MARTINEZ *et al*, 1996 *apud* LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2011, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, p. 31.

²⁷ CRUZ, 2006 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011, p. 42.

²⁸ Essa característica será abordada com mais profundidade adiante.

de sua provisoriedade; não definitividade, e por fim referibilidade, devendo sempre fazer referência a um direito do qual surge a necessidade de acautelamento.

Estabelecidos os princípios dentro das medidas cautelares, é importante mencionar que o processo cautelar exige dois requisitos chamados específicos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro, o qual traduz-se diretamente a "aparência de bom direito", diz respeito à probabilidade de que determinada afirmação feita no processo venha a ser provada²⁹. Não obstante, Aury Lopes Jr. estabelece uma crítica à transposição de conceitos do Direito Processual Civil ao Penal, ao afirmar que o crime não é direito, mas sua própria antítese³⁰, asseverando que tal requisito diz respeito a existência de fato punível, ou seja, *fumus comissi delicti*.

Por outro lado, a noção de *periculum in mora* diz respeito ao perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional³¹. Novamente, Aury Lopes Jr. critica a concepção trazida do Direito Processual Civil para afirmar que o perigo no processo penal é na realidade criado não pelo decurso do tempo, mas pela conduta do imputado³².

Como visto, a necessidade de parâmetros bem-postos pela lei decorre do fato de que as medidas cautelares influenciam diretamente a liberdade do acusado³³, sendo decisiva na capacidade punitiva do Estado. Tais parâmetros, portanto, devem ser claros e restringir a atuação do juiz aos pressupostos da lei. Um dos elementos para decretação da prisão preventiva, no entanto, parece escapar a essa lógica, o que será explorado a seguir.

2.3. Decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Como já explicitado anteriormente, entre os requisitos previstos no artigo 312 do CPP para decretação da prisão preventiva está a garantia da ordem pública, a qual representa, na prática judiciária, um elemento amplo e ambivalente. Para decretar a prisão cautelar sob tal fundamentação, fala-se ora em confiabilidade da justiça, periculosidade do acusado, gravidade do crime, entre diversos outros³⁴.

²⁹ RAMOS, *op. cit.*, 1998, p. 90.

³⁰ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2011, p. 14.

³¹ LIMA, *op. cit.*, 2005, p. 77.

³² LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2011, p. 14.

³³ LIMA, *op. cit.*, 2011, p. 21.

³⁴ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 71-85, 2003.

Odone Sanguiné³⁵ aponta que os tribunais fazem uma verdadeira "prestidigitação retórica" para enquadrar os mais diversos contextos e elementos no conceito indeterminado de garantia da ordem pública, gerando um fundamento apócrifo da prisão preventiva, o que permite com que ela cumpra funções encobertas e desempenhe um papel mais importante na *práxis* processual do que nas funções processuais propriamente ditas.³⁶

Uma das práticas comuns nas decisões que decretam a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública é aquela em que o julgador sequer define ordem pública.³⁷ Como o conceito realmente é amplo e de difícil definição, o magistrado limita-se a repetir o texto legal do artigo 312 do CPP. Fauzi Hassan Choukr³⁸ aponta que a repetição da fórmula legal é extremamente comum, sendo uma das linhas argumentativas mais perceptíveis nas decisões de decretação de prisão preventiva, mesmo porque não se dá ao trabalho de nem mesmo tentar definir o conceito.

Esse é um dos casos mais claros de decisões nulas *ipso iure*, tendo em vista que a motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, inciso IX, Constituição da República de 1988, sendo fundamental para a manutenção do controle de eficácia do devido processo legal e da racionalidade da decisão judicial, a qual legitima o poder contido no ato decisório³⁹.

Uma segunda concepção extremamente presente nos julgados é a ideia da ordem pública enquanto reflexo da credibilidade da justiça, levando à necessidade de acautelar-se o meio social frente à suposta gravidade do crime cometido.⁴⁰ Colaciona-se a seguir um julgado que adota tal visão:

[n]o conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservação da credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local⁴¹.

³⁵ SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do 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, p. 258.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. A "ordem pública" como fundamento da prisão cautelar - Uma visão jurisprudencial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, p. 92.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴⁰ ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Habeas Corpus nº 8402. Relator: Desembargador João Francisco. Rio de Janeiro, 9 de jun. de 1983.

⁴¹ ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. RT 594/408. Relator: Desembargador Jesus de Oliveira Sobrinho. Belo Horizonte.

Nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa são motivos a obstar a excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto. O clamor público, no caso, comprova-se pela repulsa profunda gerada no meio social⁴².

Da decisão supra colacionada depreende-se que diversos elementos se conjugam na ideia de um "clamor público" e geram, ao judiciário, não só o poder, mas uma espécie de "dever" de restrição à liberdade do acusado, mesmo em casos de circunstâncias judiciais positivas, como em réus primários e de bons antecedentes.

Tal fundamentação, no entanto, remete a um passado em que a prisão preventiva era regra, e não exceção, não observando princípios como da proporcionalidade e individualização da pena. O STF, no sentido de coibir tais éditos decisórios, vem decidindo no sentido de que se inadmite a decretação de prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do crime e consequente clamor público, devendo a decisão ter demonstração concreta do *periculum libertatis* do acusado.⁴³

De todos os elementos supra analisados, seja a restauração da credibilidade da Justiça, a necessidade de acautelar-se o meio social ou a gravidade do crime cometido, extrai-se que nenhum desses elementos demonstram qualquer perigo concreto da manutenção da liberdade do acusado.⁴⁴ Não obstante, embora haja, como visto, iniciativas dos tribunais superiores em coibir tais tipos de fundamentações, persiste a decretação da prisão preventiva com base em um elemento que traveste-se de fundamentação concreta: a periculosidade do agente.

A periculosidade pode ser auferida de duas formas distintas. Na primeira, o agente pode ser considerado como potencialmente criminoso pois cometeu novos crimes subsequentes ao anteriormente cometido. Nesse âmbito o STJ já entendeu que a reiteração da mesma conduta criminosa após ter sido beneficiado com liberdade provisória indicaria personalidade direcionada ao crime, o que justificaria a decretação de sua prisão preventiva como garantia da ordem pública.⁴⁵

A segunda forma, por outro lado, traz a perspectiva de que o réu pode vir a cometer novos crimes mesmo que ainda não os tenha cometido. Tal decretação baseia-se

⁴² BRASIL. STJ. Habeas Corpus nº 2660-8. Relator: Ministro Anselmo Santiago, Brasília, 6 de mar. de 1995.

⁴³ BRASIL. STF. RO em HC nº 79.200-6-BA, Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de jun. de 1999.

⁴⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, 2003.

⁴⁵ BRASIL. STJ. RHC nº 8048. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 23 de nov. de 1998. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 1999, p. 1979.

em uma dupla presunção: não só de que o infrator de fato cometeu o primeiro delito, mas de que, em liberdade, praticará outros crimes.⁴⁶ Tal visão normalmente tem como base a presença de reincidência ou maus antecedentes do réu enquanto indícios de uma periculosidade justificadora da prisão preventiva.⁴⁷ O STJ também já se manifestou quanto a essas fundamentações:

[e]fetivamente, a custódia preventiva encontra amparo na garantia da ordem pública, haja vista que o recorrente, reincidente em crime doloso, como anota o parecer ministerial, apresenta comportamento agressivo, acarretando intranquilidade social⁴⁸.

Assim, a jurisprudência brasileira dominante entende que a avaliação da periculosidade do agente, inclusive quando analisada de forma presumida, pode justificar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, de modo que juízes brasileiros constantemente realizam juízos sobre a periculosidade do agente.

Cabe ressaltar, no entanto, que a noção de prevenção de futuros crimes mais associa-se à noção de prevenção especial negativa do cumprimento de pena que à pena de prisão cautelar. A prevenção negativa decorre da necessidade de evitar-se que o infrator volte a praticar crimes, ou que ele "expresse sua maior ou menor periculosidade nas suas relações sociais"⁴⁹, a chamada inocuização. A prisão cautelar, por outro lado, como já analisado anteriormente, nunca deverá assumir o encargo da prisão enquanto pena, sob pena de contrariar o princípio da presunção de inocência⁵⁰.

Ocorre que a ideia de se aplicar uma medida tão gravosa quanto a de privação de liberdade antes mesmo do julgamento de mérito com base na periculosidade do agente e na falsa ideia de que o encarceramento reproduziria a confiabilidade da justiça, acaba por reproduzir uma espécie de substituição da vingança privada no papel do juiz, tornando a prisão condição de eficácia da lei repressiva, quando na verdade deve constituir exceção no instituto da prisão, sob pena de criar-se uma espécie de justiça sumária.⁵¹

Tal justiça, ao realizar um juízo de culpabilidade com base em uma presunção, torna o cárcere regra e conseqüentemente viola o princípio da inocência, o mais

⁴⁶ DELMANTO JUNIOR, *op. cit.*, 2001, p. 179.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213.

⁴⁸ BRASIL. STJ. RHC nº 5604-SP, Sexta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 14 de out. de 1996.

⁴⁹ TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos, o mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996, p. 119.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

⁵¹ SANGUINÉ, *op. cit.*, 2001, p. 267.

basilar dos direitos no processo penal. Ademais, conforme Prado⁵², a presunção de inocência opera no processo penal em geral com maior rigor no âmbito das medidas privativas de liberdade, funcionando como princípio guarda chuva na determinação da orientação prevalente dos demais princípios processuais constitucionais e da própria noção de processo penal.

Sobre o princípio da inocência, adiciona Gomes Filho:

[a] garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo Justo⁵³.

No sentido oposto à expressão máxima do *in dubio pro* na presunção de inocência está justamente a ideia de Direito Penal do Autor, no qual as características pessoais do acusado são consideradas na imposição de medida cautelar, sendo o homem penalizado não pelo que faz, mas pelo que é⁵⁴. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença do caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006) rechaça frontalmente tal noção, afirmando em seu item 69:

se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena⁵⁵.

Nesse sentido, a fundamentação com base na ordem pública apenas legitima um juízo feito *a priori* em um dos momentos mais iniciais do procedimento penal, no qual não só a incerteza é máxima⁵⁶ como as informações são reduzidas e majoritariamente produzidas pelo viés da acusação no inquérito policial. Assim, no momento em que a decisão judicial deveria ser a mais cuidadosa e garantista, ela acaba por antecipar os efeitos da pena ao

⁵² PRADO, Geraldo Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: FERNANDES, Og (Org.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.p. 106.

⁵³ GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 608.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvarez v. Honduras**. San José, Sentença de 1 de fev. de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

⁵⁶ SANGUINÉ, *op. cit.*, 2001, p. 270.

acusado, que passa a ser feito de exemplo para gerar a falsa sensação de tranquilidade e satisfação momentânea dos ânimos da opinião pública, extremamente voláteis e emocionais, ao contrário do que representa a lei.

Segundo Lanzellotti Baldez⁵⁷, a prática indiscriminada da prisão cautelar decorre não só da inobservância do princípio da presunção de inocência e da segurança jurídica, mas também do que chama de uma ideologia da repressão, com uma implantação de uma política de tolerância zero que incentiva a necessidade de punição.

Nesse sentido, a figura do magistrado enquanto indivíduo detentor de suas parcialidades e vícios cognitivos é de extrema importância, uma vez que todo o peso de “resolução mágica” da criminalidade e aplicação de uma política repressão recai sobre ele. Ou seja, aquele que perante a lei é a figura central de imparcialidade e superação de antagonismos acaba por tornar-se figura chave da influência da opinião pública e das voláteis políticas criminais.⁵⁸ Para isso, instrumentos processuais acabam sendo utilizados com caráter material de antecipação da pena, tomando o papel do poder executivo ou até mesmo da polícia para “resolver” os altos índices de criminalidade.

O grande problema nesse processo é de que quanto mais pressionado está o juiz e quanto mais assume e internaliza a função de manutenção da ordem pública e repressão à criminalidade, maior o conteúdo de irracionalidade e maior a influência de traços do inconsciente nas decisões judiciais, o que potencializa ainda mais o perigo dos abusos na decretação da prisão preventiva.

Os meios judiciais supracitados utilizados para justificar as mais variadas decretações de prisões preventivas com base na ideia de ordem pública têm um aspecto em comum: nenhum deles está diretamente vinculado ao resultado do processo principal.

Diferentemente de requisitos imediatamente ligados à ideia de *periculum libertatis* que representam uma tentativa direta em atingir o processo como instrumento da jurisdição, como a tentativa de fuga, tentativas de ameaçar testemunhas ou subornar peritos⁵⁹, a ideia de ordem pública enquanto apaziguamento do temor social e tentativa de reprodução da confiabilidade na justiça nada têm a ver com uma ameaça concreta ao resultado do processo principal.

⁵⁷ BALDEZ, Maria Ignez Lanzellotti Kato. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

Para Maria Lúcia Karam⁶⁰, nada tendo a ver com o risco de inviabilização da satisfação prática do alegado direito do Estado em fazer valer seu poder punitivo e não tendo relação com a ideia de *periculum in mora*, não há qualquer correlação com a natureza cautelar indispensável à admissibilidade da prisão provisória, com nítidos traços de medida de segurança. Para Zaffaroni⁶¹, a prisão preventiva carrega forte carga de antecipação de pena, mesmo quando decretada com fiel observância do mérito substantivo e do perigo processual, com filiação penal inevitável.

Tal filiação penal da prisão cautelar, em estreita relação com o desrespeito ao princípio da inocência, representa graves resquícios de um sistema inquisitivo, o qual, diferente dos sistemas processuais democráticos, não trata o acusado como inocente. Conforme o juiz da Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez:

[e]l carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado como si fuera culpable, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata como si fuera inocente, que lo es del acusatorio. (...) Lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es (...) ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias⁶²

Considerando que a ideia de um sistema inquisitório está intimamente relacionada a culturas ditatoriais e regimes autoritários, o Brasil é um grande exemplo de como tais elementos culturais e processuais impactam julgadores e legisladores. Para Baldez⁶³, o elemento cultural de estigmatização dos acusados enquanto "inimigos da sociedade" gera um prejuízo moral em toda a sociedade, da qual fazem parte os magistrados.

Muito embora, como visto, tal prejuízo moral se mantenha até hoje na magistratura, enquanto os juízes criminais do período ditatorial tinham como atribuição uma verdadeira função de garante da segurança pública, o juiz democrático tem como papel central ser garante de direitos, de forma que o próprio processo penal se configura como instrumento de tutela da liberdade jurídica do réu⁶⁴. No entanto, como também já pontuado, a transição para uma função de garantidor em meio a um clamor social intenso e à persistente cultura

⁶⁰ KARAM, 2009 *apud* PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 119.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad**. In: [ZAFFARONI], [Eugenio Raúl] (Org.). **El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos**. México: Porrúa 2000.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi v. Ecuador**. San José, Sentença de 7 de set. de 2004. Disponível em <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 26 de nov. de 2021.

⁶³ LIMA, *op. cit.*, 2005, p. 77.

⁶⁴ GRINOVER, 1982 *apud* PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 111.

encarceradora geram diversas resistências a critérios mais rigorosos na decretação da prisão preventiva.

Tal cultura entende a mudança no papel dos magistrados como uma espécie de esvaziamento dos poderes do juiz, de forma que acaba por lançar mão de interpretações do texto de lei que remetem à ideia de um "poder geral de cautela" do juiz no processo penal⁶⁵, o qual se manifesta por uma memória ao passado autoritário com critérios em que cabe ao juiz zelar pela segurança pública.⁶⁶

Um bom exemplo dessa resistência à mudança de papel da magistratura e resquícios do sistema inquisitório está no fato de que no ano de 1974, com a edição da Lei 5.941.73, foi assegurado ao acusado primário e de bons antecedentes responder ao processo em liberdade. Não obstante, a jurisprudência levou anos a entendê-la como direito subjetivo do imputado, e não mera faculdade de aplicação do juiz, como em julgamento de *habeas corpus*⁶⁷ em 1978 no qual o juiz indeferiu pleito de liberdade quando não presentes os requisitos da prisão preventiva e o relator à época escreveu que "usava do poder que a lei lhe confere" ao optar por não conceder a liberdade provisória ao acusado.⁶⁸

Importante ressaltar, ademais, que os argumentos judiciais para não cumprimento ou flexibilização dos instrumentos da lei sempre vêm revestidos de caráter neutro e de apego à técnica processual⁶⁹, quando na realidade estão intimamente relacionados a uma resistência cultural e a um maior poder de acautelamento social.

Considerando que, conforme já analisado no início do segundo capítulo, a prisão preventiva, por décadas, representou regra, e não exceção, assim como que em um passado não tão distante existiu um sistema inquisitório em que o juiz era guardião da paz pública e detentor de inúmeros poderes, não é espantoso que os magistrados atuais, frente à pressão popular e à criminalidade, socorram-se à tradição como uma espécie de salvação.⁷⁰

Compreender o porquê desse fenômeno de manifesto desrespeito aos princípios e garantias constitucionais ao decretar a prisão preventiva de acusados sem o devido fundamento perpassa entender que todo juiz, muito embora dele se espere uma figura elevada,

⁶⁵PRADO, Geraldo Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: FERNANDES, Og (Org.). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.p. 124.

⁶⁶ PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 112.

⁶⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 83.624, 2ª Câmara. Relator: Desembargador Rezende Junqueira. São Paulo 1978.

⁶⁸ PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 112.

⁶⁹ PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 113.

⁷⁰ PRADO, *op. cit.*, 2011, p. 124.

imparcial e de clareza quase “supra-humana”, não passa de um indivíduo detentor de incertezas e vieses, os quais, inconscientemente, influenciam seus julgamentos e percepções. Não se trata de duvidar dos conhecimentos ou das intenções dos magistrados, mas entender que todo processo de decisão difícil, como é o que determina a liberdade ou prisão de um indivíduo, é profundamente influenciado pela psique e o inconsciente de cada um, o que será explorado a seguir.

CAPÍTULO 3. O PAPEL DA COGNIÇÃO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1. Imparcialidade e sistema acusatório

Depreende-se da análise do requisito da ordem pública para decretação da prisão preventiva a existência de um conceito extremamente aberto e passível de diferentes utilizações pelo poder judiciário. Não obstante, a análise do tópico traz à baila questões como: a quem cabe decidir o que gera temor social? Quais as circunstâncias nas quais há perigo para cometimento de novos crimes? E as respostas para tais perguntas podem trazer grande carga de subjetividade, com base em valores, opiniões e experiências pessoais, se não corretamente balizadas. Conforme diz Cesare Beccaria:

o espírito da lei, portanto, é resultado da boa ou má lógica do juiz, e isso dependerá de sua boa ou má digestão, da violência de seus interesses, da fraqueza de quem a sofre, das relações do juiz com o acusado e de todas aquelas circunstâncias que alteram a aparência de um objeto, na flutuante mente humana⁷¹.

A subjetividade dos juízes é muito trazida quando se trata de temas como imparcialidade judiciária e sistema acusatório. A imparcialidade estaria na essência da jurisdição⁷², assim como na necessidade de haver uma clara separação entre os poderes de acusar e julgar⁷³. No entanto, o juiz, como ser humano dotado de consciente e inconsciente, não é isento de sentimentos, valores, e principalmente fenômenos que sua mente racional não pode controlar. Como coloca Eros Grau, "a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na prática do Direito ela se dissolve, sempre"⁷⁴. Nesse sentido, neutralidade e imparcialidade não descrevem estados iguais.

Assim, dada a inexistência da neutralidade, a ideia de imparcialidade, conceito em constante estudo e discussão, tem sido consolidada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Segundo tal Tribunal, a imparcialidade subjetiva diria respeito à íntima convicção do juiz, que não deveria ter opinião sobre o fato apurado ou sobre os envolvidos já

⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 18-19.

⁷² MONTERO AROCA, Juan. *et al.* **Derecho Jurisdiccional III: proceso penal**. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 29.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

manifestada, e a imparcialidade objetiva relacionaria-se à postura do julgador, que não pode externalizar a terceiros que conduz ou pretende conduzir o processo sem preterir uma das partes.⁷⁵ Ademais, cabe ressaltar que tal imparcialidade, dentro do sistema acusatório, não teria como objetivo o alcance de uma "verdade", seja ela qual for. Dado que o crime será reconstruído em audiência por pessoas dotadas de limitações assim como o juiz, a verdade dirá respeito à análise da prova dos autos, com maior aproximação possível da verdade⁷⁶, e alcançá-la jamais será a finalidade do processo.⁷⁷

Dada a ideia de verdade, mas principalmente a noção de imparcialidade no processo penal, essência do sistema acusatório e proveniente de uma verdade fundada na prova dos autos, muitos questionamentos podem surgir, uma vez que o processo cognitivo de leitura e entendimento das informações produzidas em contraditório podem ser muito influenciadas por fenômenos psicológicos. Ainda mais afetados ainda estão os juízes que decidem quanto a processos ainda em fases iniciais, sem prova produzida em contraditório, com material fruto do inquérito policial. Considerando que tal material é produzido unilateralmente pela acusação, o inconsciente do juiz, especialmente sob a perspectiva da dissonância cognitiva, é de importante análise.

3.2. A Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger

No final do ano de 1954 o jornal americano *Lake City Herald* divulgou uma notícia em que uma psicógrafa americana anunciava que "seres superiores" de um planeta de nome Clarion a informaram que sua cidade seria destruída pela inundação de sua cidade naquele ano, antes do amanhecer do dia 21 de dezembro. Aquela senhora passou a acumular diversos seguidores de sua previsão apocalíptica. Curioso pelos acontecimentos, o psicólogo social Leon Festinger infiltrou-se no grupo para analisar melhor os acontecimentos.

Com o passar do dia de 21 de dezembro e a não concretização do apocalipse, no entanto, ao invés de negarem a profecia, os integrantes do grupo passaram a fazer

⁷⁵ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2020, p. 65.

⁷⁶ BADARÓ, *op. cit.*, 2003, p. 55; e SANGUINÉ, *op. cit.*, 2001.

⁷⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.95.

diversas outras previsões, das quais nenhuma concretizou-se. Como resposta, a líder do grupo afirmou que a cidade teria sido poupada por causa da luz emitida pelo grupo.⁷⁸

A partir desses acontecimentos, o psicólogo L. Festinger passou a desenvolver o que chamou de "Teoria da Dissonância Cognitiva". Segundo o autor, o sujeito está em constante busca de estar em harmonia consigo mesmo, e quando isso não ocorre, há um grande desconforto psicológico. A partir disso, frente ao incômodo, o indivíduo passa a agir ativamente de maneira a reduzi-lo. Nas palavras do autor:

a dissonância, isto é, a existência de relações discordantes entre as cognições, é um fator motivante per se. Pelo termo cognição [...] entendo qualquer conhecimento, opinião ou convicção sobre o meio ambiente, sobre nós próprios ou nosso comportamento. A dissonância cognitiva pode ser considerada uma cognição antecedente que leva à atividade orientada para a redução da dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome⁷⁹.

Nesse sentido, o autor explica que os elementos de cognição estabelecem relações de consonância ou dissonância, nas quais a realidade exerce uma pressão no sujeito para que seu aparelho psíquico se depare com uma correspondência entre os elementos de cognição e a realidade.⁸⁰ Assim, o autor explica que sempre que a dissonância está presente na psique humana, a pessoa, além de procurar reduzir seu conflito interno, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar tal dissonância.

A partir disso, o autor aponta ao fato de que toda tomada de decisão apresenta uma dissonância. No caso da escolha entre duas opções, a escolha de uma por outra faz com que a escolha preterida continue no inconsciente, assim como o desejo por ela, e consequentemente o desconforto que isso gera no indivíduo. Assim, o sujeito aumenta os elementos consonantes à escolha feita e diminui os elementos dissonância, o que acaba também influenciando o grau de busca de informação e a seletividade dessa busca de informações.⁸¹

Aquele que deve tomar ou tomou uma decisão, portanto, buscará informações de fontes que ele espera que confirmem as expectativas que criou e, para afastar-se da dissonância, evitará ou até mesmo ignorará as fontes de informação que ele espera que sejam dissonantes à decisão que tomou⁸²

⁷⁸ FESTINGER, *op. cit.*, 1975.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁸¹ FESTINGER, *op. cit.*, 1975, p. 12.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

3.3. Os estudos de Bernd Schünemann

Depreende-se do desenvolvimento teórico de Festinger uma verdadeira teoria do comportamento humano sobre as escolhas do sujeito e de sua manutenção ou modificação⁸³. Partindo dela, o jurista Bernd Schünemann fez a seguinte pergunta: "o juiz que julgará o mérito do caso penal que tenha contato com as investigações preliminares tem como ser imparcial, considerando que a investigação preliminar é feita em regra de modo unilateral porque quase exclusivamente pela polícia?".

A hipótese principal do autor, partindo da teoria da dissonância cognitiva, é a que segue: "uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem de fato, é de supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência"⁸⁴.

Para testar sua hipótese, Schünemann realizou um experimento com cinquenta e oito juízes criminais e promotores alemães, com as variáveis "conhecimento dos autos" e "direito de inquirição na audiência". O material do processo foi construído com base em um caso real absolutamente em aberto, com possibilidade tanto de absolvição quanto de condenação sem erro técnico⁸⁵.

Durante o estudo, aqueles que tiveram conhecimento dos autos receberam por escrito uma versão da investigação preliminar. Aqueles que tinham direito de inquirição na audiência formularam suas perguntas a um programa de computador que tinha respostas pré-programadas. Para aqueles que inexistia direito de inquirição em audiência, foi recebido pelo computador perguntas e respostas já pré-determinadas. No fim da audiência, o juiz deveria proferir uma sentença fundamentada, além de responder uma série de perguntas para saber a quantidade de informação percebida e armazenada na audiência.

Como resultado da pesquisa, observou-se os seguintes resultados:

⁸³ PIMENTA, Marcos Vinícius. **Poder-Saber Inquisitório**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 51.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

⁸⁵ FESTINGER, *op. cit.*, 1975, p. 53.

Tabela 1 - Condenações e absolvições conforme as variantes direitos de inquirição em audiência e conhecimento dos autos

	DIREITOS DE INQUIRÇÃO EM AUDIÊNCIA	INEXISTÊNCIA DE INQUIRÇÃO EM AUDIÊNCIA
	JUÍZES / PROMOTORES	JUÍZES / PROMOTORES
CONHECIMENTO DOS AUTOS	8 (C) / 2 (C) 0 (A) / 4 (A)	9 (C) / 1 (C) 0 (A) / 4 (A)
NÃO CONHECIMENTO DOS AUTOS	3 (C) / 1 (C) 8 (A) / 5 (A)	5 (C) / 1 (C) 2 (A) / 5 (A)

A: absolvição; C: condenação

Fonte: SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013. p. 211.

A tabela expõe de forma clara o fenômeno esperado por Schünemann. Os juízes aos quais foram fornecidos os autos do processo antes da audiência acabaram por condenar em número consideravelmente mais alto, o qual mostrou-se ainda maior quando o magistrado não tinha a possibilidade de inquirição na audiência. Por outro lado, a não exposição aos autos e o direito de inquirição própria em audiência demonstraram uma tendência maior à absolvição no caso concreto. Dessa forma, aqueles que receberam uma “versão dos fatos” da acusação no inquérito policial foram influenciados a confirmá-la em audiência.

3.4. Festinger e Schünemann no contexto cautelar e o efeito "Halo"

As pesquisas de Festinger e Schünemann tendem a ser utilizadas na argumentação da não exposição do juiz que julgará o mérito da causa aos autos da investigação preliminar, restringindo-o à prova produzida em audiência em meio ao contraditório. Não obstante, o fenômeno da dissonância cognitiva, assim como diversos outros processos cognitivos que serão explorados posteriormente, têm enorme relevância na discussão do juiz nas fases pré-processuais.

Como já explorado no capítulo anterior, muito embora a decretação da prisão preventiva, em tese, diga respeito a medida cautelar ligada estritamente a fins processuais, sua decretação com base na garantia da ordem pública demonstra uma filiação

fortemente penal⁸⁶ ligada à figura do juiz enquanto responsável pela garantia da ordem pública, em uma cultura de tolerância zero⁸⁷, o que pode ser ilustrado de forma muito interessante pela dissonância cognitiva.

Tendo em vista que o juiz está posto diante de uma decisão, seja ela prender cautelarmente ou não o sujeito, conforme os ensinamentos de Festinger, o magistrado buscará entrar em harmonia consigo mesmo enquanto realiza sua decisão⁸⁸. Como está frente a decisões opostas, com o Ministério Público muitas vezes opinando pela manutenção ou decretação da prisão preventiva do acusado e a Defesa requerendo sua liberdade provisória, entrará em intensa dissonância cognitiva.

Além disso, como já examinado, tal decisão será feita em um contexto de grande pressão social à magistratura penal, no qual há um grande discurso de punição em nome das vítimas⁸⁹ e uma cultura de que a prisão é praticamente medida de eficácia da lei penal para combate à criminalidade.⁹⁰ Todo esse contexto cria uma imagem no inconsciente do magistrado, não só daquele que se julga, mas dele mesmo, enquanto garantidor da paz pública, que tornará, no processo cognitivo, a decisão de conceder a liberdade provisória muito mais dissonante e conseqüentemente contra intuitiva ao juiz que a decisão de manutenção ou decretação da liberdade provisória.

Nesse sentido, conforme a teoria da Dissonância Cognitiva, o julgador não só buscará evitar essa dissonância, mas seu inconsciente evitará ativamente informações que aprofundem essa contradição e buscará dados que confirmem sua percepção. Em outras palavras, em um contexto de grande criminalidade e pressão social, o juiz filtrará diferentemente as informações a ele fornecidas, buscando confirmar a necessidade de acautelamento social criada em seu inconsciente. No contexto da prisão cautelar, por exemplo, isso pode representar que uma informação de antecedentes criminais será ativamente buscada pelo juiz, uma vez que reduz sua dissonância interna na tomada de decisão, ao mesmo tempo em que seu inconsciente tentará desvalorizar ou ignorar informações que contrariem a necessidade da prisão, como por exemplo no caso de um crime sem violência ou grave ameaça.

Um outro elemento essencial na análise crítica do processo cognitivo do juiz na decretação da prisão preventiva advém do fato de que o juiz, muito embora durante

⁸⁶ ZAFFARONI, *op. cit.*, 2000.

⁸⁷ BALDEZ, *op. cit.*, 2005.

⁸⁸ FESTINGER, *op. cit.*, 1975.

⁸⁹ SALAS, 2017 *apud* SEMER, *op. cit.*, 2019.

⁹⁰ SANGUINÉ, *op. cit.*, 2001, p. 261.

a audiência de custódia, tenha a oportunidade de ouvir o acusado e sua Defesa, terá como o primeiro contato com o caso concreto o inquérito policial que, conforme Ritter, será produzido exclusivamente e tendenciosamente pela acusação, ao arrepio das garantias constitucionais e do contraditório⁹¹.

Schünemann, sobre os efeitos do inquérito policial, comparou o conhecimento do inquérito com uma espécie de sistema inquisitório: "o sistema inquisitório é caracterizado pelo juiz ter um completo conhecimento dos resultados das investigações preliminares, e, assim, de materiais que incriminam o acusado num caso de processo penal, antes do processo"⁹².

Na perspectiva da cognição do magistrado, o contato com inquérito judicial não só é relevante pela abordagem da dissonância cognitiva, atuando na busca e seleção de informações, mas também pelo fato de que é o primeiro contato do juiz com o acusado, o que gerará uma valoração diferentes de informações contrárias à visão trazida no inquérito, conforme o efeito Halo.

O chamado efeito Halo diz respeito à tendência de cada um a gostar ou desgostar intensamente de terceiro, e como tal percepção está estreitamente relacionada à ordem ou dinâmica em que diferentes informações são apresentadas sobre determinado indivíduo.⁹³ O psicólogo Solomon Asch demonstrou tal efeito por meio de um experimento em que um grupo de pessoas teve de comentar sobre dois indivíduos que os haviam sido descritos em diferente ordem.⁹⁴ O indivíduo X foi descrito na exata ordem de "inteligente, esforçado, impulsivo, crítico, obstinado e invejoso" e o indivíduo Y como "invejoso, obstinado, crítico, impulsivo, esforçado e inteligente". Os resultados foram claros em demonstrar que, embora ambos tenham sido descritos com as mesmas palavras, X foi visto com melhores olhos pelos participantes.

O efeito descrito demonstra que, com base nas primeiras informações fornecidas, o cérebro acaba por ajustar e valorar diferentemente as demais informações, revelando o peso das primeiras impressões.

Nesse sentido, o peso do inquérito policial enquanto meio pelo qual o juiz terá o primeiro contato com o caso e com o acusado influenciará a forma como ele valorará

⁹¹ RITTER, *op. cit.*, 2019, p. 97.

⁹² SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2013, p. 182.

⁹³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 94.

⁹⁴ ASCH, Solomon E. Forming Impressions of Personality. **The Journal of Abnormal and Social Psychology**, Washington D.C., v. 41, n. 3, p. 258-290, 1946. Disponível em: <<https://psycnet.apa.org/record/1946-04654-001>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

todas as demais informações quanto ao acusado. Realizando um paralelo com o experimento supracitado, o réu descrito conforme informações na seguinte ordem: "acusado do crime de roubo de celular; palavra da vítima; palavra dos policiais; residência fixa e carteira assinada; primário e de bons antecedentes; nada foi encontrado em posse do réu" em contraposição a "nada foi encontrado em posse do réu; primário e de bons antecedentes; residência fixa e carteira assinada; palavra dos policiais; palavra da vítima; acusado do crime de roubo de celular" gerariam visões completamente diferentes.

3.5. Ancoragem e disponibilidade

Para além da ordem das informações, há de ponderar-se que o magistrado, ao receber um preso em flagrante ou pedido de decretação ou relaxamento de prisão preventiva, terá informações mais ou menos relevantes para sua tomada decisão, as quais podem ou não relacionadas aos requisitos do artigo 312 do CPP e aos requisitos de *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*. A relevância dessas informações pode variar entre, por exemplo, registros na Folha de Antecedentes do acusado que não sejam capazes de gerar reincidência ou maus antecedentes, até, em um exemplo mais extremo, as informações de idade do réu, horário e bairro do cometimento do delito.

O que os estudos da psicologia que analisaram o processamento de informações distintas demonstram é que informações pouco informativas e que não têm relação com uma resposta ou análise específica processada pelo cérebro acabam influenciando a tomada de decisão⁹⁵.

O chamado efeito de ancoragem acontece, por exemplo, quando os indivíduos consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar tal quantidade. Conforme esse fenômeno, se é dado a um indivíduo uma estimativa qualquer a uma pergunta, sua resposta ficará perto do número fornecido.⁹⁶

Os psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky realizaram um experimento descrito na obra "Rápido e Devagar: duas formas de pensar"⁹⁷, obra de autoria do primeiro, para demonstrar tal fenômeno. Após adulterarem uma roda de fortuna que possuía as

⁹⁵ KAHNEMAN, *op. cit.*, 2011, p. 131.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 131.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 131.

marcações de zero a cem para sempre parar nos números dez ou sessenta e cinco, pediram a estudantes que a rodassem e logo após lhe fizeram duas perguntas: "A porcentagem de nações africanas entre membros da ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever?" e "Qual é sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU?". Surpreendentemente, muito embora a roda não tivesse qualquer relação ou fornecesse qualquer auxílio à resposta das perguntas, as estimativas médias dos sujeitos que tiraram dez e sessenta e cinco foram 25% (vinte e cinco por cento) e 45% (quarenta e cinco por cento), respectivamente.

Kahneman⁹⁸ aponta que se se perguntasse a um indivíduo se Gandhi morreu com mais de cento e quatorze anos, as pessoas responderiam com uma estimativa muito maior do que se a pergunta fosse feita com a idade de trinta e cinco. Assim, conforme o efeito de ancoragem, qualquer número que seja informado ao interlocutor como solução a um possível problema de estimativa induzirá um efeito de ancoragem.

Assim, percebe-se que o efeito de ancoragem está intimamente ligado aos efeitos Halo e da Dissonância Cognitiva. Conforme esse último, o sujeito sempre busca estar em harmonia consigo mesmo⁹⁹. Já pelo efeito Halo e da ancoragem, depreende-se que tal indivíduo também será influenciado pela ordem e momento em que informações lhe são fornecidas, afetando sua percepção individual mesmo que não informativas ao caso concreto.

Para provar tais fenômenos, em especial o da ancoragem, um experimento¹⁰⁰ realizado pelos psicólogos alemães Thomas Mussweiler e Fritz Strack demonstrou que quando faziam a seguinte pergunta sobre temperatura - "A temperatura média anual na Alemanha é maior ou menor do que 20°C?" ou "A temperatura média anual na Alemanha é maior ou menor do que 5°C?" e logo após mostravam algumas palavras aos entrevistados, na primeira pergunta estes identificavam mais facilmente palavras como "sol" e "praia", enquanto na segunda "geada" e "esqui". Ou seja, o inconsciente dos entrevistados havia sido influenciado pela pergunta feita imediatamente antes, mesmo que ela não tivesse qualquer grau de informação ou contribuição para a tarefa a eles incumbida.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁹⁹ FESTINGER, *op. cit.*, 1975, p. 13.

¹⁰⁰ STRACK, Fritz; MUSSWEILER, Thomas. Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: mechanisms of selective accessibility. **Journal Of Personality And Social Psychology**, Würzburg, v. 73, n. 3, p. 437-446, 1997. Disponível em: <<http://bear.warrington.ufl.edu/brenner/mar7588/Papers/strack-mussweiler-jpsp97.pdf>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

Dando mais um passo, pode-se perguntar: o nível de instrução sobre o tema perguntado influencia o efeito da ancoragem? E as pesquisas indicam que a resposta é não. Em um experimento conduzido com corretores imobiliários¹⁰¹, lhes foi demandado que estimassem o valor de uma casa que estava de fato no mercado. Eles visitaram a casa e examinaram um folheto com o preço pedido. Metade dos corretores viu um preço de venda que era substancialmente mais elevado do que o preço da casa listado, enquanto a outra metade viu um preço pedido substancialmente mais baixo. Após os corretores darem sua opinião sobre um preço de compra razoável para a casa e o preço mais baixo em que concordaria em vender a casa se fosse seu dono, perguntou-se então sobre os fatores que haviam afetado seus pareceres. Todos, orgulhosamente, afirmaram que o preço pedido não os afetou e que o ignoraram, confiando apenas em sua experiência no mercado.

Muito embora eles afirmassem que o preço de venda não tinha efeito algum em suas respostas, o efeito de ancoragem foi significativo¹⁰². Na verdade, os corretores eram quase tão suscetíveis aos efeitos de ancoragem quanto alunos de uma faculdade de administração sem qualquer experiência em negócios imobiliários, cuja ancoragem foi similar.¹⁰³ A única diferença entre os dois grupos foi de que os estudantes reconheciam ter sido influenciados pela âncora, ao passo que os corretores negaram a influência.¹⁰⁴

O efeito de ancoragem foi inclusive demonstrado com juízes criminais¹⁰⁵, centro do presente estudo. Nesse experimento, alemães que analisavam um caso de furto primeiro observaram os autos e depois jogaram um dado viciado que fornecia os números 3 ou 9. Quando perguntados se iriam condenar a acusada a uma pena maior ou menor, em meses, do valor dos dados, e proferiram a sentença, concluiu-se que aqueles que tiraram nove no dado proferiram sentenças de em média de oito meses e aqueles que obtiveram três, uma média de cinco meses de condenação.

¹⁰¹ NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real State: An Anchoring-And-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. **Organizational Behaviour And Human Decision Processes**, Arizona, v. 39, n. 1, p. 84-97, 1987. Disponível em: <https://web.missouri.edu/segerti/capstone/northcraft_neale.pdf>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

¹⁰² O efeito de ancoragem foi de 41%, entendido como a razão da diferença entre as respostas médias fornecidas e a diferença das âncoras (valores mais alto e mais baixo sugeridos). A medida de ancoragem seria de 100% para pessoas que cegamente adotam a ancoragem como uma estimativa e zero para pessoas que são capazes de ignorar a ancoragem completamente.

¹⁰³ A ancoragem desse grupo foi de 48%, apenas 7% maior.

¹⁰⁴ NORTHCRAFT; NEALE, *op. cit.*, 1987.

¹⁰⁵ ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz, Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, Thousand Oaks, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0146167205282152>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

Do efeito de ancoragem pode-se fazer algumas relações com o contexto da decretação da prisão preventiva. A primeira informação importante a considerar-se é que toda e qualquer informação ou dado, mesmo que não informativo no caso concreto, ou seja, muito embora não tenha relação alguma com os requisitos para decretação da prisão preventiva, acaba por ser considerado pelo inconsciente de qualquer indivíduo, incluindo do juiz. Em segundo lugar, como já foi explorado, pode-se afirmar que tal influência não é consideravelmente afastada pela experiência ou grau de conhecimento daquele que recebe as informações, como provado pelo experimento com corretores de imóveis e juízes.

3.6. Audiência de custódia

As análises anteriores concentraram-se na forma como a cognição dos indivíduos processa informações dependendo de sua ordem, relevância, mas principalmente conforme a dissonância cognitiva que determinada situação gera na mente humana. Como visto, na decretação da prisão preventiva, o contato inicial com o inquérito policial, documento de autoria da acusação, é de grande relevância.

O questionamento que pode decorrer dessas ponderações é se não haveria outros elementos dentro do procedimento legal de decretação da prisão preventiva que trouxessem um contato maior do juiz com o acusado e com os elementos da Defesa, como ocorre, por exemplo, na audiência de custódia. Como abordar-se-á a seguir, da perspectiva da cognição do juiz, tal audiência dependerá muito do caso concreto.

A audiência de custódia constitui ato judicial pré-processual que busca assegurar o direito fundamental do cidadão de ser apresentado pessoal e rapidamente a autoridade judiciária que afira a legalidade de sua prisão¹⁰⁶. Ao magistrado competirá aferir a legalidade da prisão, assim como analisar sua necessidade, a fim de controlar a repressão estatal.¹⁰⁷ Em tese, portanto, é papel da audiência de custódia evitar prisões arbitrárias, garantir a legalidade da prisão, assim como garantir que a integridade e dignidade do preso estão sendo respeitadas.¹⁰⁸

¹⁰⁶ SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, 2015, p. 81.

¹⁰⁷ MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018, p. 34.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 34.

Nesta audiência, o juiz responsável deverá ouvir o próprio preso, a Acusação e a Defesa sobre questões que tenham relação direta ou indireta com a prisão e suas consequências, a integridade física e psíquica do preso e o direito do detido. A vítima também pode ser intimada a comparecer à audiência, especialmente em ações penais privadas ou condicionadas a representação. Ademais, a presença do Ministério Público é indispensável, sob pena de nulidade.¹⁰⁹

Na chamada "entrevista" com o preso:

o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ele ter cometido o fato ou não. E se o fizer MP e defesa deverão protestar. Não se busca saber quem foi o autor do fato, mas, sim, de que modo foi feita a prisão do suposto autor.

[O] julgador e as partes deverão ter sempre em mente que: (a) a entrevista feita na audiência de custódia existe para preservar direitos do preso e não para prejudicá-lo; (b) o âmbito de cognição sobre "presunção de autoria" é sumário e limitado ao exame de aspectos objetivos, óbvios, cristalinos e evidentes, os quais permitam presumir com a mesma tranquilidade que se presume que durante o dia há clareza¹¹⁰.

Com base na audiência e nos autos do inquérito policial, o magistrado proferirá uma decisão quanto à manutenção, decretação ou até mesmo relaxamento da prisão do acusado. Tal decisão, conforme artigo 93, IX da Constituição Federal, deve ser fundamentada, de forma a analisar os requisitos da prisão e possibilidade de substituição por medidas alternativas.

A figura da audiência de custódia tem o potencial de consolidar uma "célula de contraencarceramento"¹¹¹, ou seja, representa a possibilidade de que os juízes verifiquem a viabilidade de imposição de medidas menos gravosas do que a prisão a fim de reduzir o aprisionamento cautelar. Ademais, tais audiências proporcionam o encontro direto do juiz com o acusado:

[p]elo ângulo da visão do juiz, a audiência de custódia confere maior segurança à decisão judicial que decreta a prisão preventiva. Ver o flagrante, logo após sua prisão, com as mesmas roupas, calçados, ferimentos, hábitos de higiene, com todas as suas características pessoais e com a coleta de informações familiares, de saúde, drogadição, meios de vida, etc., produzem um conjunto de elementos informativos que não constam das peças do flagrante. Além disso, a audiência de custódia é mais que um simples direito do preso, pois ela devolve ao juiz a possibilidade de ter contato com a pessoa presa desde o início, restabelecendo o que tinha se perdido quando o interrogatório do réu passou para o final da instrução¹¹².

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 269, p. 4-6, 2015.

¹¹¹ MASI, *op. cit.*, 2018, p. 40.

¹¹² BRZUSKA, Sidnei José. As Finalidades da Audiência de Custódia. In: MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018, p. 40.

Para além do encontro presencial com o acusado, o qual dá nome e rosto e individualiza aquele que está sendo julgado, há também o fato de que se pode individualizar suas circunstâncias pessoais por meio da entrevista. Em recente alteração ao CPP, a Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, ou Estatuto da Primeira Infância, aponta que as autoridades policiais, logo que tiverem conhecimento da prática de infração penal, devem colher informações sobre a existência de filhos do acusado, suas idades e se possuem alguma deficiência.¹¹³ Dados como esse podem ser levados em consideração pela autoridade judicial, estando previstos em hipóteses como de prisão domiciliar para gestantes e mulheres com filhos de até doze anos.

Há também a perspectiva do réu, o qual é beneficiado pela audiência de custódia devido à possibilidade de entrevista prévia com seu Defensor Público, podendo sanar eventuais dúvidas sobre seu processo ou fornecer informações relevantes à audiência.¹¹⁴ A Defensoria Pública do estado do Espírito Santo, por exemplo, conduz o autuado antes da audiência a entrevista na qual são registradas informações pessoais como antecedentes, históricos de violência policial, rivalidade com facções, problemas de saúde e possíveis provas documentais no caso, as quais podem ser utilizados na fundamentação de pedido de liberdade provisória.¹¹⁵

Outro elemento extremamente benéfico ao acusado trazido da audiência de custódia é seu papel em resguardar sua integridade física e psíquica, uma vez que acaba de vir de um momento de grande vulnerabilidade em contato direto com autoridades policiais ou até mesmo civis (vítimas)¹¹⁶. Além da possibilidade de supervisão dos agentes policiais para evitar abusos, a audiência de custódia é uma oportunidade essencial de análise de existência de qualquer fato atípico ou em hipótese de excludente de ilicitude ou culpabilidade, como no caso de indivíduo que é preso para ser obrigado a confessar ou que age em legítima defesa frente a uma abordagem policial violenta.

Em suma, percebe-se que a audiência pode representar um verdadeiro momento de pormenorização da atividade repressiva do Estado, dado o contato direto do juiz

¹¹³ Art. 304 do Código de Processo Penal: “§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”.

¹¹⁴ MASI, *op. cit.*, 2018, p. 40.

¹¹⁵ MASI, *op. cit.*, 2018, p. 47.

¹¹⁶ MARQUES; ANDRADE, 2016 *apud* MASI, *op. Cit.*, 2018.

com o acusado e sua Defesa, sendo de responsabilidade do magistrado zelar pela dignidade daquele que julga tendo em vista a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

No que diz respeito à eficácia concreta da audiência de custódia no abrandamento da crise no sistema penitenciário no sentido de pormenorizar e individualizar a pena e avaliar a adoção de medidas alternativas à prisão caso a caso, os números de presos preventivos já citados geram dúvidas sobre a real eficácia do instituto.

Da perspectiva psicológica, talvez o principal problema que impede que a audiência de custódia represente uma mudança de paradigma quanto à prisão preventiva no Brasil, e não apenas à segurança do acusado, é de que tal audiência, tal como projetada atualmente, enfatiza demais a custódia, a ser decidida unicamente pelo juiz, o que coloca em segundo plano um processo amplo de expansão dos direitos da liberdade.¹¹⁷

Como já apontado no presente trabalho, quanto mais centrada a decisão na figura do juiz, maior o espaço de discussão de sua humanidade e vulnerabilidade psicológica a processos fora de seu controle racional, o que também ocorre na audiência de custódia.

3.6.1. Classificação de pessoas e coisas

O cérebro humano, por mais que saiba olhar com minúcia a uma única coisa ou indivíduo, recebe incontáveis estímulos e depara-se com inúmeras pessoas e situações diariamente. Por essa razão, ele utiliza a estratégia da classificação como forma de ordenar e processar todos esses estímulos¹¹⁸. Assim, é impossível não classificar coisas ou pessoas, uma vez que a classificação é um recurso do próprio cérebro apto processar estímulos.

No entanto, essa categorização, ao ser feita pelo cérebro, muitas vezes gera distorções. Como forma de simplificar o funcionamento da mente, ela acaba por apagar detalhes e tornar os elementos dentro da mesma categoria mais semelhantes entre si, ao mesmo

¹¹⁷ BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Orgs.). **As Novas Fronteiras do Direito: Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares**. Juiz de Fora: Editar, 2015, p. 177.

¹¹⁸ FREEDMAN, David J. *et al.* Categorical Representation of Visual Stimuli in the Primate Prefrontal Cortex. **Science**, Washington D.C., v. 291, n. 5502, p. 312-316, 2001. Disponível em: <[science.org/doi/10.1126/science.291.5502.312](https://doi.org/10.1126/science.291.5502.312)>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

tempo em que os elementos de diferentes características se tornam ainda mais distintos,¹¹⁹ especialmente quando se trata da percepção de outros seres humanos.

É desse processo de classificação que surge a noção de estereotipagem, um fenômeno inconsciente realizado por todos. Um teste chamado popularmente de IAT, "Teste de Associação Implícita", amplamente realizado por psicólogos sociais, mede a associação individual com padrões sociais de forma muito clara¹²⁰. Nele, pede-se que o entrevistado diga, por exemplo, "alô", quando lê um nome feminino ou um substantivo de parentesco feminino, como "clara", e diga "adeus", quando lê um nome masculino ou um substantivo de parentesco também masculino, como "avô". Nesse formato, a resposta dos entrevistados é relativamente rápida. Não obstante, quando associações e rótulos se misturam, o processo cognitivo é muito maior e demora muito mais, ou seja, quando se pede para que se diga "alô" a nomes masculinos e parentescos femininos, e "adeus" a nomes femininos e parentescos masculinos, o processo cognitivo é muito mais trabalhoso e tarda mais a ser feito pelos examinados.

Tal teste é extremamente interessante para demonstrar as associações e agrupamentos que todo indivíduo realiza mentalmente. Estudos indicam que quando os mesmos testes são realizados com as palavras "branco" e "negro" em conjunto com palavras ruins, como "maligno", e boas, como "amoroso", o tempo de associação de palavras favoráveis a negros e prejudiciais a brancos será consideravelmente maior, com 70% dos participantes demonstrando uma tendência pró-branca.¹²¹

Nesse sentido, percebe-se que todo indivíduo é detentor de estereótipos, inerentes ao processamento do cérebro ao classificar estímulos, sejam por meio da raça, classe social, gênero, entre outros, os quais advém da categorização dos demais em grupos. Não obstante, uma análise mais aprofundada perpassa o entendimento de que, para além da categorização dos outros, a mente humana também se auto classifica, criando a noção de "*in group*" e "*out group*".¹²² Em linhas gerais, o "*in group*" seria o grupo do qual o indivíduo se sente pertencente, e o "*out group*" os demais, excluídos do primeiro. Em outras palavras, "nós" e "eles".

Tais grupos podem variar de situação em situação, dependendo do que for relevante no momento. Em um espaço predominantemente branco, por exemplo, uma

¹¹⁹ MLODINOW, *op. cit.*, 2014, p. 127.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 135.

¹²¹ *Ibidem*, p. 136.

¹²² MLODINOW, *op. cit.*, 2014, p. 144.

pessoa preta pode entrar mais em contato com tal identidade. Já em um ambiente predominantemente de pessoas pretas e pertencentes ao ramo executivo, essa mesma pessoa, supondo que não trabalhe no ramo, pode identificar-se com outra que, mesmo que branca, também não trabalha no meio executivo, por exemplo. Sobre essas classificações, aponta Mlodinow:

[q]uando nos vemos como membro de um grupo, automaticamente todos ficam marcados com um “nós” ou um “eles”. Alguns dos nossos in-groups, como nossa família, os colegas de trabalho ou os parceiros de bicicleta, incluem outras pessoas que conhecemos. Outros, como mulheres, hispânicos ou cidadãos idosos, são grupos mais amplos definidos pela sociedade, que a eles confere características. Porém, seja qual for o grupo a que pertencemos, por definição ele consiste em pessoas que percebemos como tendo alguma coisa em comum conosco. Essa experiência partilhada, ou identidade, faz com que vejamos nossa fé como algo interligado com a fé do grupo, e os sucessos e fracassos como também nossos. É natural, então, que tenhamos um lugar especial em nossos corações para os membros do grupo a que pertencemos¹²³.

A grande chave da questão reside sob o fato de que, inconscientemente, tende-se a gostar mais de pessoas pertencentes ao "*in group*". Um estudo que perguntou a médicos, advogados, garçons e cabeleireiros para classificar a taxa de simpatia de um a cem de seu grupo profissional e dos demais classificou seu próprio grupo em 70, enquanto os demais em uma média de 50.¹²⁴

Nessa perspectiva, partindo para a análise da relação acusado e juiz, a conclusão mais objetiva é de que, inicialmente, ambos vejam um ao outro enquanto "*out group*", ou seja, não se vejam pertencendo ao mesmo grupo. A própria situação de julgamento já cria o grupo mais claro: "juízes" e "condenados". No entanto, os grupos distintos que podem ser filtrados desses dois personagens é infinito. Pode haver, dentro da realidade socioeconômica do sistema prisional¹²⁵ em contraposição com a magistratura brasileira¹²⁶, as noções de "rico" e "pobre", "branco" e "preto", "jovem" e "adulto", entre diversas outras. Como apontado, o juiz, vendo o acusado enquanto "*out group*", não o tratará da mesma forma que aquele que vê enquanto semelhante, pertencente ao mesmo grupo.

¹²³ *Ibidem*, p. 145.

¹²⁴ BRAUER, Markus. Intergroup Perception in the Social Context: The Effects of Social Status and Group Membership on Perceived Out-group Homogeneity and Ethnocentrism. **Journal of Experimental Social Psychology**, Amsterdã, v. 37, n. 1, p.15-31, 2001. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S002210310091432X>>. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

¹²⁵ Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2020 pessoas negras correspondiam a 66,7% dos presos no Brasil: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2020. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

¹²⁶ Conforme pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias em 2013, 84,5% dos juizes, desembargadores e ministros brasileiros se declaram brancos, enquanto apenas 1,4% como pretos.

Um apontamento interessante é de que no início deste trabalho fez-se referência ao mutirão de pedidos de relaxamento de prisão de Instituto de Defesa do Direito de Defesa¹²⁷, o qual revelou dados interessantes considerando o perfil de raça dos assistidos. Apenas 30,6% das pessoas brancas acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça obtiveram decisão favorável ao relaxamento da prisão preventiva em seus casos. Entre as pessoas negras na mesma situação, o número foi ainda mais baixo: 27,3% obtiveram decisão favorável.

Por outro lado, cabe ressaltar que as noções de "*in group*" e "*out group*" não são tão ligadas às classificações ou estáticas apenas quanto a família, trabalho ou classificações sociais. Com o maior estudo dos fenômenos, os psicólogos concluíram que não há um conceito de exigência mínima para sentir afinidade com um certo grupo "nós". A ideia de "*in group*" não exige, necessariamente, características em comum ou necessidade dos membros se conhecerem previamente. O simples ato do indivíduo saber que pertence a um grupo ativa suas afinidades com ele¹²⁸.

Um estudo conhecido por "*Klee vs Kandinsky*"¹²⁹ pediu a entrevistados que olhassem obras dos artistas Paul Klee e Wassily Kandinsky e dissessem qual preferiam. Após isso, os examinados foram rotulados e divididos entre admiradores de cada um. Cabe ressaltar que os artistas têm obras muito diferentes, então a escolha do preferido é completamente subjetiva, de forma que apenas estudiosos poderiam ter conhecimento suficiente ou paixão suficiente pelos artistas para se atraírem muito por um ou por outro de forma intensa. Foi entregue a cada um dos entrevistados uma quantidade de dinheiro e requisitado que dividissem aos demais. Todos realizaram a distribuição sozinhos e não conheciam nenhum dos participantes previamente, só sabiam se eram do grupo "Kandinsky" ou "Klee". Os resultados foram claros em mostrar que os entrevistados favoreciam aqueles de seu mesmo grupo.

Transpondo a análise da categorização e dos grupos ao papel da audiência de custódia, percebe-se uma oportunidade ambivalente. Muito embora o contato interpessoal com o juiz possa ter um lado importante de humanização do acusado, que se torna mais que um apanhado de dados do inquérito policial, esse contato pode ser levado a uma categorização não exatamente benéfica ao acusado. O juiz, por exemplo, pode vê-lo, dentro de

¹²⁷ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, *op. cit.*, 2021, p. 30.

¹²⁸ MLODINOW, *op. cit.*, 2014, p. 150.

¹²⁹ TAJFEL, Henri. Experiments in intergroup discrimination. **Scientific American**, Nova York, v. 223, n. 5, p. 96-103, 1970. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24927662>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

seus estereótipos, como uma pessoa "perigosa" ou de um "*out group*". Claro que isso não pode e não vai, racionalmente, ser usado para fundamentar a decisão de decretação da prisão preventiva. Não obstante, dada todas as análises já feitas no trabalho, o peso das categorizações do outro e das primeiras impressões não pode ser subestimado.

Por outro lado, o contato pessoal pode ser também positivo. O magistrado pode ter um bom diálogo com o acusado, vê-lo como uma pessoa calma e eloquente, e o fenômeno ocorrer inversamente. Como já visto, a categorização dos "*in groups*" não exige grande complexidade, então a simples descoberta de características em comum durante a audiência, seja terem estudado na mesma escola, torcerem para o mesmo time ou compartilharem o mesmo sobrenome ou origem, pode trazer juiz e acusado para um grau maior de proximidade, no mesmo "*in group*".

Em suma, independente do caráter complexo da audiência de custódia da perspectiva do inconsciente humano, ela é de suma importância no controle de legalidade das prisões no Brasil e é indispensável em um cenário já difícil de popularização da prisão preventiva enquanto remédio à criminalidade no país. No entanto, da perspectiva psicológica, ela tem efeitos complexos que não necessariamente serão consideravelmente benéficos ao acusado.

CAPÍTULO 4. POSSÍVEIS MUDANÇAS

4.1. Mudanças pessoais dos juízes

Embora sejam de mais difícil aferição e menos palpáveis, mudanças de pensamento com o intuito de construir uma cultura mais autocrítica na magistratura brasileira podem contribuir para uma modificação da banalização da decretação da prisão preventiva, especialmente naquela fundada na noção de ordem pública. Os juízes, antes de tudo, devem reconhecer suas limitações individuais e estar em constante contato com o fato de que seu inconsciente pode ser extremamente poderoso nas tomadas de decisões em seu dia a dia. Apenas esse exercício já é uma grande mudança, afirmam os estudiosos no assunto.

No que diz respeito à ancoragem, por exemplo, os psicólogos Adam Galinsky e Thomas Mussweiler propõem que os tomadores de decisão foquem sua atenção em buscar na memória argumentos contra a âncora para resistir ao fenômeno¹³⁰. Nessa lógica, no caso dos juízes responsáveis pela decretação da prisão preventiva, um bom exercício é o de ativar nas lembranças os argumentos trazidos pela Defesa do acusado.

Já Mlodinow¹³¹ aponta que quanto aos estereótipos, as pesquisas têm demonstrado que a tendência pessoal de categorização pode ser combatida pela consciência dos processos mentais pelos quais todos passam e o objetivo de superá-los, uma vez que o inconsciente está sempre lutando por espaço com o pensamento mais deliberativo. Nesse sentido, é de suma importância um pensamento de repreensão aos estereótipos, o que pode ser feito, mesmo que de forma inicial, pelo próprio conhecimento dos processos de categorização com que trabalha a mente.

No mesmo sentido, em relação ao efeito Halo, é importante que o juiz tenha consciência do efeito que a ordem das informações por ele recebidas pode ter em seu processo cognitivo. Não se trata de mudar a ordem do processo, determinada pelo CPP, mas da prática de um exercício de constante autoconsciência, devendo estar em contato o magistrado

¹³⁰ GALINSKY, Adam D.; e MUSSWEILER, Thomas. First Offers as Anchors: The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, D.C., v. 81, n. 4, p. 657-669, 2001. Disponível em: <<https://doi.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0022-3514.81.4.657>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

¹³¹ MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 138.

com o fato de que seu primeiro contato com o indivíduo julgado será da perspectiva da acusação, muitas vezes por meio do auto de prisão em flagrante. Conforme já apontado em outros fenômenos cognitivos, o simples conhecimento dos processos mentais e a consciência de sua força já criam um fenômeno de luta contra tais processos¹³², que ao menos não passarão despercebidos e terão uma força contrária às primeiras impressões.

4.2. Princípio da proporcionalidade

Para Piero Calamandrei, a tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade e subsidiariedade.¹³³ Nesse sentido, é instrumental por definição, devendo estar diretamente relacionada ao provimento dado ao final do processo. Ademais, Calamandrei caracteriza tal instrumentalidade enquanto hipotética:

a denominação pode parecer, à primeira vista ou à primeira audição, um pouco rebarbativa, mas na realidade reflete muito bem um aspecto da providência instrumental no sentido de que visa assegurar a eficácia de outra providência jurisdicional, quer cognitiva, quer executória. Neste sentido, até se poderia dizer que a providência cautelar é instrumental em segundo grau. Se todo processo se caracteriza pela instrumentalidade, já que o processo é sempre instrumento de realização do direito substantivo, o processo cautelar será algo como o instrumento do instrumento. Será dotado de uma instrumentalidade ao quadrado, se me permitem. Essa instrumentalidade, Calamandrei a classificava de hipotética. Por que hipotética? Porque a medida cautelar é concedida para a hipótese de que aquele que a pleiteia eventualmente tenha razão¹³⁴.

Nesse sentido, dada a instrumentalidade das medidas cautelares, realiza-se também certo exercício de pensamento quanto ao provimento futuro, trabalhando-se com a possibilidade de que o magistrado possa dar provimento ao pleito. No processo penal, tal análise recai mais objetivamente quanto à possível condenação do acusado, porém não se limita a ela.

Para além da possibilidade de condenação, Cordero afirma que também é necessário analisar-se a quantidade de pena, sendo esta e a medida cautelar em termos correlativos.¹³⁵ Dessa maneira, a análise da quantidade de pena perpassa a observação das

¹³² *Ibidem*, p. 115.

¹³³ CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936, p. 44.

¹³⁴ MOREIRA, 1974 *apud* RAMOS, *op. cit.*, 1998.

¹³⁵ CORDERO, 2000 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 381-408, 2008, p. 391. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>>. Acesso em: 13 de abr. de 2021.

circunstâncias do caso concreto e a probabilidade da imposição de um regime fechado, uma vez que, dada a subsidiariedade da medida cautelar, não se mostra congruente a imposição de regime mais gravoso ao que será estipulado quando da condenação.

Considerando que o mal gerado pela prisão preventiva deve ser parecido, quanto a seus efeitos, à pena definitiva¹³⁶, nota-se que há um princípio da proporcionalidade que rege as medidas cautelares, especialmente quando se trata da prisão¹³⁷. Dessa forma, é papel do juiz, tendo em vista a manutenção da legalidade e da devida motivação das decisões judiciais¹³⁸, que haja uma correlação e, acima de tudo, adequação entre a prisão cautelar e o resultado do processo.

A realização de um prognóstico da pena e regime com base nos elementos do caso concreto são muito interessantes pois acabam por restringir o poder do juiz com base em parâmetros objetivos, devendo o magistrado trabalhar com a pena aplicável ao caso concreto.

Nesse sentido, mesmo que argumentos muito presentes em decisões judiciais como aqueles baseados na gravidade abstrata do crime ou na periculosidade do réu sejam apresentados, se não forem suficientes à configuração de pena que exija regime privativo de liberdade, não poderão ser invocados para a imposição de prisão cautelar, sob pena de violar a natureza cautelar de tal prisão¹³⁹.

Ademais, a necessidade de tratar da pena que provavelmente será aplicada no caso concreto acaba por atrelar o julgador ao caráter instrumental da prisão cautelar, proporcionando ao inconsciente do magistrado um exercício contrário aos ímpetos dos fenômenos já estudados. Dado que a decretação da prisão preventiva é feita em um momento de grande incerteza, em um estágio inicial do processo sem produção de prova em contraditório e de grande pressão social¹⁴⁰, a proporcionalidade pode servir como verdadeiro balizador dos vieses do juiz ao impor limites mais claros a seus vícios de julgamento, com a demarcação do discurso processual pela via do devido processo legal, evitando discursos solipsistas e antidemocráticos¹⁴¹.

¹³⁶ BATISTA, *op. cit.*, 1981; e DELMANTO JUNIOR, *op. cit.*, 2001.

¹³⁷ BADARÓ, *op. cit.*, 2008.

¹³⁸ Tendo em vista o art. 93, inciso IX, da Constituição República de 1988.

¹³⁹ BRZUSKA, *op. cit.*, p. 394.

¹⁴⁰ BALDEZ, *op. cit.*, 2005.

¹⁴¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, v. 126, p. 191-210, 2020. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916/1324>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

4.3. O Papel dos Tribunais

4.3.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Antes de tratar-se dos tribunais brasileiros, indispensável ressaltar o papel e devida importância das Cortes Internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Europeu de Direitos Humanos) na responsabilização dos Estados e consolidação de uma cultura em torno das medidas cautelares que priorizam os Direitos Humanos.

No que diz respeito às características acessória e instrumental da prisão preventiva dentro da ideia de *periculum libertatis*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos traz importantes apontamentos em seu informe nº 35/07:

81. la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida ... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin¹⁴².

Tal segmento do informe está estritamente ligado aos fins processuais da medida cautelar, o que já foi muito explorado ao longo do trabalho, reforçando que a relação da medida com o provimento jurisdicional deve estar clara e fundamentada no caso concreto, justamente para fundamentar a intervenção estatal na liberdade individual.

No que diz respeito à fundamentação com base na ordem pública, conceito também muito explorado ao longo do presente estudo, uma vez que demasiado amplo e aberto a interpretações, a Corte também é enfática em afirmar que uma medida tão drástica

¹⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe nº 35/07**. Washington, D.C., 2007. Disponível em: <http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35de107_uruguay.pdf>. Acesso em: 2 de nov. de 2021.

quanto a limitação da liberdade individual deve ser sempre interpretada com base nos direitos do acusado:

84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio *pro homine*. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Esos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal¹⁴³.

Tal trecho é extremamente claro em afirmar que fundamentações baseadas na possibilidade de cometimento de delitos futuros, na repercussão social do delito, entre outros, estão completamente desvirtuados do caráter processual da medida cautelar, estando, na realidade, fundados em direito material. A orientação geral para evitar uma penalização fundada no cárcere antes mesmo do acusado receber uma sentença de mérito é clara: a lei deve sempre ser interpretada pela vigência do direito em virtude do princípio *pro homine*, ou seja, seja na interpretação das normas, seja na escolha normativa, deve assegurar maior proteção à pessoa humana¹⁴⁴.

Muito embora a discussão do princípio supracitado seja complexa e ultrapasse os objetivos do presente estudo, é essencial apontar que toda decretação de prisão preventiva deve, em suma, prestigiar o caráter cautelar da medida com os princípios constitucionais mais basilares da democracia brasileira, principalmente a presunção de inocência, implicando o dever judicial de constante fiscalização da necessidade da manutenção da prisão¹⁴⁵.

4.3.2. Os tribunais brasileiros

¹⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *op. cit.*, 2007.

¹⁴⁴ CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio *pro homine*. **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, n. 12, p. 98-111, 2015, p. 103. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

¹⁴⁵ PRADO, *op cit.*, 2011, p. 123.

O STF entende que a motivação da prisão preventiva "há de lastrear-se em um dos pressupostos do art. 312 do CPP"¹⁴⁶. No que diz respeito à fundamentação com base no clamor público do crime, o STF afirma que:

[o]s motivos invocados são inajustáveis aos moldes legais autorizativos da prisão cautelar. Nem a prisão preventiva deve representar uma antecipação do julgamento e da pena, que somente compete ao Tribunal do Júri, sem razão, portanto, que se invoca tratar-se de crime bárbaro como justificativa de uma medida simplesmente cautelar. Por fim, a repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva dentre as estritamente delineadas no art. 312 do CPP, não cabendo, nessa matéria, a aplicação por analogia do que vem disposto no art. 323, inc. V, da mesma lei processual, que se refere ao clamor público, mas como proibitivo da concessão de fiança, o que não se discute, no caso, mesmo porque o crime é inafiançável¹⁴⁷.

A linha jurisprudencial do STF tem se estabilizado nos últimos julgamentos, de forma a entender inadequada a fundamentação da prisão preventiva com base no clamor público.¹⁴⁸ Conforme o STF:

[é] regra geral, informada pela consciência jurídica dos povos civilizados, que a culpa do réu não se presume antes da condenação definitiva. A custódia, antes da sentença final, só se justifica em hipóteses extremas, previstas em lei, cujo texto não comporta interpretação extensiva em desfavor da liberdade da pessoa¹⁴⁹.

Ademais, no que diz respeito à ordem pública vista como ameaçada pela soltura do réu com base na gravidade abstrata do crime e afirmação genérica do perigo representado pelo réu à sociedade, afirma o STF:

[n]ão bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar ou a conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado¹⁵⁰.

Nesse sentido, qualquer argumento para decretar prisão preventiva com base em um possível risco de reiteração delitiva deve ser lastreado em elementos concretos baseados em cada caso individual, e não uma simples presunção genérica.

Muito embora reconheça-se a importância dos recentes entendimentos do STF, os números expressivos na decretação de prisão preventiva e os recorrentes exemplos de fundamentações genéricas e de cunho hipotético ou de grande suposição acumulam-se nos tribunais brasileiros, especialmente estaduais:

¹⁴⁶ BRASIL. STF. Habeas Corpus nº 77.556-SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de out. de 1998.

¹⁴⁷ MLODINOW, *op. cit.*, 2014, p. 135.

¹⁴⁸ SANGUINÉ, *op. cit.*, 2001, p. 292.

¹⁴⁹ BRASIL. STF. RHC nº 63.684-5-MG, Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 1 de abr. de 1986.

¹⁵⁰ BRASIL. STF. HC nº 136.784/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de novembro de 2016.

[o] delito que o acusado está sendo processado, além de ser equiparado aos crimes hediondos, representa uma das mais graves expressões da criminalidade atual, por sua potencialidade lesiva, e o comprometimento com o narcotráfico. Nos mais, pelas provas que instruem o auto de prisão em flagrante, vislumbra-se que a liberdade do acusado oferece perigo à sociedade e consequentemente à ordem pública, pois é evidente que, sem liberdade, continuará exercendo o tráfico de entorpecentes, assim reiterando seu comportamento criminoso¹⁵¹.

Outrossim, o acusado foi condenado por crime grave, ou seja, tráfico de entorpecentes, o qual traz efeitos nefastos para a sociedade, na medida que incentiva a criminalidade e destrói a base desta que é a família, de modo que é necessária a sua custódia para garantia da ordem pública¹⁵².

Esses dois exemplos são apenas de forma a ilustrar a persistente cultura jurídica que, todavia, utiliza a ordem pública como conceito de utilização oportunista e genérica, justificando a prisão cautelar em casos com base na gravidade abstrata do crime, na periculosidade do réu, no clamor social, entre outros. O controle judicial, portanto, das decisões de primeiro grau, mostra-se deficiente, de forma que as regras do CPP, as orientações do STF e os princípios constitucionais da inocência e do devido processo legal são constantemente desrespeitados pela justiça brasileira.

¹⁵¹ BRASIL, 2014 *apud* SEMER, *op. cit.*, 2019, p. 282.

¹⁵² BRASIL, 2013 *apud* SEMER, *op. cit.*, 2019, p. 219.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou problematizar os abusos na decretação da prisão preventiva propondo reflexões provenientes da psicologia social. A interdisciplinaridade, sobretudo no estudo das ciências humanas, mostra-se indispensável, uma vez que o próprio ser humano e suas relações não são explicados por meio de apenas uma perspectiva. Ademais, no estudo do processo penal à luz do papel juiz, a humanização do magistrado é de suma importância, uma vez que amplia os horizontes do estudo do provimento jurisdicional para além da dogmática e da letra da lei.

Primeiramente, cabe ressaltar a importância do reforço do caráter instrumental, acessório e subsidiário das medidas cautelares para controle de seu abuso. Considerando que, em um passado não tão distante, a prisão preventiva já foi regra, os princípios da motivação, da excepcionalidade, proporcionalidade e presunção de inocência devem restringir duramente o poder punitivo do Estado na aplicação da prisão preventiva a casos absolutamente necessários, dentro do que estabelece a lei.

Como visto, a aplicação dos princípios norteadores das medidas cautelares deve ser sobretudo rígida quanto trata-se de conceitos amplos e ambivalentes dentro da legislação penal, como na noção de "ordem pública", utilizada pela jurisprudência como verdadeira "carta coringa" para aplicar-se nos mais diferentes contextos. Não obstante, seja pela noção de acautelamento do meio social, de restauração da credibilidade da Justiça ou de gravidade do crime imputado ao réu, deve-se sempre ter em mente, à luz do fim instrumental e cautelar da prisão provisória, o risco concreto da liberdade do réu com base no caso particular, aproximando o máximo possível a medida de seu fim processual, e não material.

A noção de que cabe ao juiz reprimir a criminalidade com o instrumento da prisão, ademais, mostra-se extremamente perigosa aos preceitos supracitados. Em nenhum momento a prisão cautelar deve tornar-se regra. O poder punitivo do Estado pode ter seu "ápice" na privação da liberdade após o devido processo legal, com o devido respeito aos princípios da ampla defesa, do *in dubio pro reo*, e da presunção de inocência. No entanto, em um momento tão inicial e vulnerável ao acusado e à produção de provas quanto o que se analisa, tais princípios guias devem operar sempre em favor do acusado, e não serem desvirtuados por uma política de repressão.

A não observação dos princípios norteadores das medidas cautelares em conjunto com a aplicação de requisitos abertos e ambivalentes como é o de "ordem pública" trouxe à discussão o potencial lesivo aos direitos individuais de uma carga grande de subjetividade do juiz. Muito embora esteja claro que neutralidade e imparcialidade sejam fenômenos distintos, a própria noção de imparcialidade enquanto condução do processo sem preterir nenhuma parte ou em estreita observância à prova produzida em contraditório é passível de questionamentos da perspectiva psicológica. Em uma situação delicada como é a do início do processo, com grande pressão social à repressão da criminalidade e muitas informações provenientes de um documento preponderantemente de autoria da acusação, a influência do inconsciente do juiz em sua decisão pode ser relevante.

O conceito norteador do estudo de situações de tomada de decisão com elementos divergentes entre si foi a ideia de "dissonância cognitiva".¹⁵³ O fenômeno é de extrema importância no estudo das decisões do juiz para muito além do julgamento de mérito, sendo útil ao estudo do juiz nas fases pré-processuais. Como visto, o magistrado, em sua tomada de decisão, sempre buscará entrar em harmonia consigo mesmo, o que implica evitar ativamente informações contrárias a seu conforto cognitivo e buscar aquelas que o acalmem. Muito embora tal estudo seja abordado sobretudo na análise de mérito, buscou-se entender sua relevância na decisão quanto à prisão preventiva.

Para isso, foi necessário abordar concomitante o chamado efeito Halo, o qual reforça o papel das primeiras impressões. Considerando que o contato inicial do juiz com o acusado e com o processo é representado pelo inquérito policial, de autoria da acusação, em concomitância com a pressão social de repressão ao crime já abordada, as percepções do juiz seus influenciadas e distorcidas por seu inconsciente, assim como a forma como processa as informações, tanto pela perspectiva de afastamento do acusado e dos argumentos da Defesa, quanto pela necessidade de confirmação da ideia de que o crime deve ser punido.

Uma figura que à primeira vista parece contrapor esse viés pró-acusação de conforto cognitivo é a audiência de custódia. Observou-se que, para além do contato interpessoal entre juiz e acusado, ela detém um caráter indispensável teor de controle de legalidade da prisão, para além do resguardo da integridade física e psíquica do preso. Da perspectiva psicológica, no entanto, pode ter diversos efeitos. Conforme as teorias abordadas de classificação e de "in" e "out" groups, as "pré-concepções" do juiz, ou seja, seus preconceitos

¹⁵³ FESTINGER, op. cit., 1975.

e valores, podem ter um papel em sua mente no encontro com o acusado. Já sua classificação enquanto pertencentes ou não ao mesmo grupo dependerá da situação concreta e dos elementos que dela surgirem, seja pelo juiz ver o acusado como "eles" ou "nós".

Independentemente da classificação dos acusados, a identificação e, sobretudo, a auto percepção da magistratura enquanto detentora de vieses e irracionalidade é de maior importância. O conhecimento dos fenômenos do inconsciente é o primeiro passo para a criação de ferramentas para resistir ou diminuir seus efeitos. Tal conhecimento não só interessa aos próprios juizes, no sentido de coibir seus vieses, mas também à Defesa, podendo buscar mitigar os efeitos negativos do conforto cognitivo e do efeito Halo.

De uma forma ou outra, a mudança de percepção dos juizes é de difícil aferição e depende da disponibilidade de cada um. Mudanças legislativas e nos tribunais são, por outro lado, palpáveis e de grande impacto. Assim, o princípio da proporcionalidade, grande balizador da prisão preventiva, pode representar uma enorme aproximação das medidas cautelares a seu provimento futuro e, conseqüentemente, seu caráter instrumental. Ademais, acaba também por aproximar o julgador aos efeitos de sua decisão, trazendo-o à realidade concreta das penas privativas de liberdade.

A exigência da baliza da proporcionalidade, ademais, seria de extrema utilidade na perspectiva dos tribunais de justiça brasileiros, uma vez que, como visto, todavia fundamentam suas decisões em noções genéricas e hipotéticas que banalizam a prisão preventiva e a desvirtuam de seu caráter acessório. Em contraposição, é clara a orientação das Cortes Internacionais em rechaçar duramente fundamentações de tal caráter, exigindo o duro controle da prisão preventiva.

Em suma, o presente trabalho buscou chamar atenção ao fato de que o julgador também é ser humano dotado de fenômenos fora de seu controle racional e influenciado por seu arredor a todo momento. Por estar em uma posição de decisão quanto à liberdade de inúmeros indivíduos, no entanto, o estudo da banalização da prisão preventiva não pode estar descolado da compreensão juiz, uma vez que seu inconsciente é de extrema influência. Se o magistrado é inevitavelmente humano e parcial, cabe ao estudo do Direito não ignorar sua vulnerabilidade e utilizá-la em favor de um sistema jurídico de olhos mais abertos à realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Afinal, quando é possível a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 71-85, 2003.

AMARAL, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 269, p. 4-6, 2015.

ASCH, Solomon E. Forming Impressions of Personality. **The Journal of Abnormal and Social Psychology**, Washington D.C., v, 41, n. 3, p. 258-290, 1946. Disponível em: <<https://psycnet.apa.org/record/1946-04654-001>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 381-408, 2008, p. 391. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>>. Acesso em: 13 de abr. de 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALDEZ, Maria Ignez Lanzellotti Kato. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Orgs.). **As Novas Fronteiras do Direito: Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares**. Juiz de Fora: Editar, 2015.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Da prisão preventiva compulsória**. São Paulo: Saraiva. 1957.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**: Modificações da Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 1981; e DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. CNJ. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **DJe/CNJ**, Brasília, 17 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 12 de jul. de 2021.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus nº 2660-8. Relator: Ministro Anselmo Santiago, Brasília, 6 de mar. de 1995.

BRASIL. STJ. RHC nº 5604-SP, Sexta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 14 de out. de 1996.

BRASIL. STJ. RHC nº 8048. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 23 de nov. de 1998. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 1999.

BRASIL. STF. Habeas Corpus nº 77.556-SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de out. de 1998.

BRASIL. STF. HC nº 136.784/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de novembro de 2016.

BRASIL. STF. RHC nº 63.684-5-MG, Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 1 de abr. de 1986.

BRASIL. STF. RO em HC nº 79.200-6-BA, Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 de jun. de 1999.

BRZUSKA, Sidnei José. As Finalidades da Audiência de Custódia. In: MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A “ordem pública” como fundamento da prisão cautelar - Uma visão jurisprudencial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. La complejidad del principio *pro homine*. **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, n. 12, p. 98-111, 2015, p. 103. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>>. Acesso em 10 de nov. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso López Álvares v. Honduras**. San José, Sentença de 1 de fev. de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 25 de nov. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi v. Equador**. San José, Sentença de 7 de set. de 2004. Disponível em <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 26 de nov. de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe nº 35/07**. Washington, D.C., 2007. Disponível em: <http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDHH/informe35del07_uruguay.pdf>. Acesso em: 2 de nov. de 2021.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz, Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making.

Personality and Social Psychology Bulletin, Thousand Oaks, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0146167205282152>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG. RT 594/408. Relator: Desembargador Jesus de Oliveira Sobrinho. Belo Horizonte.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ. Habeas Corpus nº 8402. Relator: Desembargador João Francisco. Rio de Janeiro, 9 de jun. de 1983.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 83.624, 2ª Câmara. Relator: Desembargador Rezende Junqueira. São Paulo 1978.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FREEDMAN, David J. *et al.* Categorical Representation of Visual Stimuli in the Primate Prefrontal Cortex. **Science**, Washington D.C., v. 291, n. 5502, p. 312-316, 2001. Disponível em: <science.org/doi/10.1126/science.291.5502.312>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

GALINSKY, Adam D.; e MUSSWEILER, Thomas. First Offers as Anchors: The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus. **Journal of Personality and Social Psychology**, Washington, D.C., v. 81, n. 4, p. 657-669, 2001. Disponível em: <<https://doi.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0022-3514.81.4.657>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

GOMES, Antonio Magalhães Filho. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Justiça e negacionismo**: como magistrados fecharam os olhos para a pandemia nas prisões. São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/08/iddd-relatorio-negacionismo-final-2.pdf>>.

Acesso em: 26 de nov. de 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: atualizado - lei 12.403/2011. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, p. 126, p. 191-210, 2020. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1916/1324>>. Acesso em: 24 de nov. de 2021.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *et al.* **Derecho Jurisdiccional III**: proceso penal. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real State: An Anchoring-And-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. **Organizational Behaviour And Human Decision Processes**, Arizona, v. 39, n. 1, p. 84-97, 1987. Disponível em: <https://web.missouri.edu/segeri/capstone/northcraft_neale.pdf>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

NUVOLONE, Pietro. La riforma del processo penale in Italia e in Germania. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milão, v. 2, p. 345-359, 1962.

PIMENTA, Marcos Vinícius. **Poder-Saber Inquisitório**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

PRADO, Geraldo Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: FERNANDES, Og (Org.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SANGUINÉ, Odone. A Inconstitucionalidade do 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.

SANTOS, Cleopas Isaías. Audiência de Garantia: ou sobre o óbvio ululante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 91, p. 76-93, 2015.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SILVA, Camila *et al.* População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**, Rio de Janeiro, 17 de mai. de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>.

Acesso em 1 de jun. de 2021.

STRACK, Fritz; MUSSWEILER, Thomas. Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: mechanisms of selective accessibility. **Journal Of Personality And Social Psychology**, Würzburg, v. 73, n. 3, p. 437-446, 1997. Disponível em: <<http://bear.warrington.ufl.edu/brenner/mar7588/Papers/strack-mussweiler-jpsp97.pdf>>.

Acesso em: 24 de nov. de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos, o mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.