



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SANTOS

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SELETIVIDADE RACIAL: UMA
ANÁLISE SOBRE O PRISMA DA DESCARCARIZAÇÃO
RESPONSÁVEL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Salvador
2017

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SANTOS

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SELETIVIDADE RACIAL: UMA
ANÁLISE SOBRE O PRISMA DA DESCARCARIZAÇÃO
RESPONSÁVEL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^o Mestre Daniel Nicory do Prado

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO DA CONCEIÇÃO SANTOS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SELETIVIDADE RACIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PRISMA DA DESCARCARIZAÇÃO RESPONSÁVEL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2017

A Mainha, com amor.
Ainda, a todos os meus amigos, pela
paciência e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradecer a Deus, pois sem Ele nada disso seria possível.

A minha mãe Luzia, pelo apoio diário, dedicação e amor incondicional.

A minha família, que sempre me coloca para cima, na expectativa do meu sucesso.

Os mais sinceros agradecimentos a todos os meus amigos. São tantas pessoas importantes, que neste espaço - felizmente - não dá para relatar!

A meu orientador Daniel Nicory, pela inspiração acadêmica, auxílio e apoio na elaboração deste trabalho.

Ainda, todos os meus professores, não apenas do ensino superior, mas desde o jardim de infância, aos quais, terão minha eterna gratidão.

Enfim, obrigado a todos aqueles que, direta ou indiretamente, ajudaram neste longo e árduo percurso, me oferecendo força e confiança.

Ubuntu

RESUMO

O presente trabalho tratará da recente regulamentação da audiência de custódia no país, em virtude da necessária efetivação dos direitos fundamentais que se encontram previstos em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Desta forma, alcançará as questões acerca das dificuldades de implementação de tal instrumento no Brasil frente ao hiperencarceramento em massa. Desde o surgimento da audiência de custódia, apesar de ser algo recém-implementado e até mesmo em razão disso, tem sido ponto de inúmeras discussões, uma vez que versa sobre a limitação de direito inerente e fundamental do ser humano que é a liberdade, envolvendo aspectos na ordem da sua fundamentação legal, na sua (in)compatibilidade com o Processo Penal brasileiro e em razão de um dos maiores desafios do instituto, que é a cultura punitiva, desafiando a contemporânea conjuntura do Direito Penal e Processual Penal. Tal discussão, contudo, não se perfaz somente quanto ao encarceramento, sendo uma problemática que alcança, em certa medida, a seletividade existente no sistema penal exercidos na fase pré-processual e processual, para isso buscar-se-á, dentro dessa análise, o exame das contribuições dos estudiosos da Criminologia, sendo uma delas a seletividade penal e, por essa razão, esse é um tema de relevância que desperta curiosidade dentro da lógica precípua do Direito Penal, qual seja, a salvaguarda dos bens jurídicos mais relevantes. Tendo essa noção em mente, o presente trabalho buscará alcançar o conceito e limitações da audiência de custódia, e seu possível alcance na descarcerização responsável do sistema prisional. Analisará, ainda, a própria aplicação desse instrumento, assim como seu alcance, problemas e divergências que se mostram no caminho para sua efetivação, diante da seletividade racial.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; Audiência de custódia; Criminologia; Seletividade racial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APF	Auto de Prisão em Flagrante
art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ILANUD	Instituto Latino-Americano das Nações Unidas
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
NAC	Núcleo de Audiência de Custódia
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE	13
2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	14
2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	18
2.2.1 Princípio da fragmentariedade	21
2.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS	22
2.3.1 Princípio do in dúbio pro reo	23
2.3.2 Princípio do devido processo legal	24
2.3.3 Princípio da duração razoável do processo penal	26
2.3.4 Princípio do contraditório	28
2.3.5 Princípio da ampla defesa	30
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	31
3.1 DEFINIÇÃO, PREVISÃO NORMATIVA E FUNDAMENTO LEGAL	31
3.2 CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	41
3.3 DESAFIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	44
3.3.1 Audiência de custódia frente à cultura punitiva	44
3.3.2 Crítica ao fundamento legal da audiência de custódia	45
3.3.3 Implementação frente ao processo penal brasileiro	48
4 CRIMINOLOGIA E A SELETIVIDADE PENAL	53
4.1 CRIMINOLOGIA	53
4.1.1 Teoria etiológica ou tradicional	55
4.1.2 Criminologia crítica	61
4.1.2.1 Teoria do etiquetamento	62
4.2 SELETIVIDADE PENAL	64
4.2.1 Seletividade racial	66
4.2.1.1 Discursos legitimadores e deslegitimadores	67
5 A POSSIBILIDADE DA DESCARCARIZAÇÃO RESPONSÁVEL COM A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE À	

SELETIVIDADE RACIAL	73
5.1 DESCARCERIZAÇÃO RESPONSÁVEL(?)	73
5.2 A PRECARIIDADE DA INSTRUÇÃO DOS INQUÉRITOS POLICIAIS	75
5.3 PRISÃO EM NÚMEROS	77
5.3.1 Audiência de custódia: balanço parcial pós-implantação	78
5.3.2 Audiência de custódia e seletividade racial	80
6 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o Direito Penal tem como uma das características mais importantes a fragmentariedade e subsidiariedade, uma vez que a liberdade é qualidade inerente ao ser humano, entretanto, o convívio em sociedade condiciona limitações em prol de um bem maior, qual seja, a coletividade. Neste contexto, o debate acerca das prisões cautelares desperta em nosso ordenamento jurídico necessário debate sobre a temática, seus usos e limites.

Porém, sendo um direito fundamental, a liberdade que é limitada pelo direito, sofre bifurcações que acabam desviando o real propósito do Direito Penal, a proteção dos bens mais relevantes, posto apenas quando nenhum outro meio for efetivo na proteção desses bens.

Com a compreensão de que o Direito Penal passa por uma fragilidade institucional, uma vez que tem seu objeto desnaturado com a imposição de medidas que avançam sobre direitos fundamentais do indivíduo, faz-se necessário o exame quanto a existência uma organização seletiva das sanções aplicadas no sistema penal.

Muito embora exista divergência quanto a existência de uma seletividade no sistema penal brasileiro, não pode ser negada a curiosidade que o tema desperta dentro da lógica precípua de proteção dos bens jurídicos mais relevantes que o direito penal se propõe a salvaguardar.

Dentro dessa análise, ocorrem algumas variantes no processo de seleção punitiva dos indivíduos, demonstradas pelos estudiosos da Criminologia Crítica, sendo uma delas a seletividade penal racial, mais precisamente do povo negro, por essa razão, esse é um tema de relevância, a discussão acerca da existência ou não da seletividade racial.

Alguns defensores da existência da seletividade penal ressaltam que, na verdade, tal seleção das sanções penais, direcionam punições mais severas para um grupo específico, não com base no critério racial, mas sim, em relação a uma questão social.

Em outras palavras, o sistema penal fora constituído com direcionamento mais rigoroso para os menos favorecidos economicamente ou em razão da educação que lhe foi proporcionada.

Essa preferência na imputação de penas pode ser observada no retrato do sistema prisional brasileiro, que tem em sua maioria esmagadora negros, periféricos e com baixa escolaridade.

Tal constatação provoca uma quase que diária necessidade de reafirmação dos direitos de igualdade concedidos pela Carta Magna de 1988, bem como os Direitos Humanos e Fundamentais que além de previsão constitucional, se encontram previstos em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Quanto a este ponto, em razão dos ajustes que o Brasil celebra internacionalmente com o objetivo de abrandar o falho aparelho punitivo instaurado no país, é que surge a Audiência de Custódia, prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos que o Brasil é signatário.

O Pacto de San Jose da Costa Rica, como também é conhecido, foi ratificado pelo Brasil em 1992, no entanto, foi recentemente que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adotou as medidas a fim de colocar a audiência de custódia em prática.

Com sua regulamentação, o autuado preso em flagrante deverá ser apresentado, no prazo de 24 horas após a prisão, perante um Juiz, com a presença de um Promotor de Justiça, bem como um Defensor Público, caso não constitua advogado particular, para que em audiência, seja analisada as condições em que o preso está, bem como, para que seja determinadas medidas judiciais ou não judiciais, a fim de garantir a efetivação do acesso à justiça.

Para alcançar o objetivo do trabalho, em um primeiro momento, foram discutidas as questões que envolvem a efetividade do Princípio da Igualdade dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro, visualizando sua aplicação no Direito Penal e Processual Penal.

Considerando, ainda, neste contexto, os princípios básicos que o país recebe no ordenamento jurídico-penal, qual seja, o da intervenção mínima e da fragmentariedade, assim como os princípios processuais penais, do *in dubio pro reo*, do devido processo legal, da duração razoável do processo penal, do contraditório e

da ampla defesa, que em suas particularidades e conjuntura, contribuíram na construção do presente trabalho.

Em um segundo momento, será abordado o instituto da audiência de custódia, que no Brasil passou a ser discutida a partir do Projeto de Lei 554/2011, trazendo explicações acerca da sua definição, previsão normativa e fundamento legal, assim como outros desafios enfrentados com sua implementação, que tem como objetivo primário, no momento da prisão em flagrante, a garantia dos direitos fundamentais e da pessoa humana, tendo ainda, o condão de promover um caráter mais humanitário e exercer influência positiva nos números de prisões preventivas desnecessárias.

Além disso, em um terceiro momento, buscar-se-á, em síntese apertada, analisar a contribuição do estudo da Criminologia para o Direito Penal, ciência que tem por objeto o crime e seus consectários, em seguida, perpassando pelas escolas criminológicas, seus principais pensadores, assim como pela criminologia crítica, que busca vislumbrar a problemática jurídico-penal por um viés funcionalista, desamarrando-se das limitações legais-positivistas.

Se abordará ainda a seletividade penal e as teorias que associam como sujeitos criminosos os miseráveis sociais, que pelas mais variadas razões, carregam estereótipos de marginalização e exclusão socioeconômica.

Nesta senda, será tratado sobre os discursos legitimadores e deslegitimadores acerca da existência de um sistema penal punitivo baseado na seleção racial de seus jurisdicionados, punindo-os mais severamente em razão de sua raça, mais precisamente da raça negra.

Assim, ao final desse trabalho, buscar-se-á, a partir da implantação da audiência de custódia, como instrumento com o condão de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, compreender se tal instrumento investe reflexo positivo e/ou determinante para uma descarcerização responsável do sistema penal em meio a seleção de condutas e o superencarceramento prisional.

2 O DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE

Neste capítulo, inicialmente, procurar-se-á fazer, uma breve análise do direito penal, tendo como cerne o princípio da igualdade, de extrema importância em um Estado Democrático de Direito, que o Brasil ainda em passos lentos, busca efetivação.

Existem alguns princípios básicos que, por terem ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídicos-penais positivos, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica, compõem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas¹.

O princípio da Igualdade tem aplicação no Direito Penal e no Direito Processual Penal, contudo, apesar de muitas semelhanças, existem algumas discrepâncias que, possui espaço reservado, para esclarecimento neste capítulo, como verificar-se-á seguir.

Também buscar-se-á uma análise acerca do princípio da intervenção mínima, sua definição, justificativa e importância para a construção de um Direito Penal que impulsiona para o real significado de justiça.

O Direito Penal não tem aplicabilidade em toda e qualquer hipótese que justifique a intervenção do Estado nos conflitos sociais, e por esta razão que o princípio da fragmentariedade merece guarida na edificação do presente trabalho.

Por fim, dentre os princípios que regem o nosso Processo Penal destacam-se, para o recorte que se propõe o estudo, o princípio do *in dubio pro reo*, do devido processo legal, da duração razoável do processo penal, do contraditório e da ampla defesa, de contribuição significativa para a construção do trabalho, melhor examinado no avançar da escrita.

¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.61.

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

No direito material e processual, embora figurem em polos opostos, as partes estão situadas no mesmo plano, com iguais direitos, obrigações, ônus e faculdades. Contudo, o Estado precisa proporcionar as partes equilíbrio de forças, dando-lhe os mesmos instrumentos para a pugna por uma justiça efetiva e equitativa.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece no art. 5º, caput, “Todos são iguais perante a lei”, dando *status* de norma fundamental ao princípio da igualdade.

O preceito magno de igualdade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello², é de que a norma deve ser voltada quer tanto para o legislador quer tanto para o aplicador da lei. Sendo assim, a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas sim, instrumento de regulação da vida social que necessita tratar de forma equitativa todos os cidadãos.

O autor ainda, para desate do problema, trazendo a notória afirmação de Aristóteles, segundo os termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, desperta para uma incerteza que cerca o princípio da igualdade, qual seja, quem são os iguais e os desiguais na composição que o princípio aqui narrado propõe-se a resguardar³.

A problemática está em qual critério legítimo que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos separados com tratamentos jurídicos diversos.

O próprio ditame constitucional reclama pela observância do princípio da igualdade, entretanto, para adensamento de sua teórica proclamação é preciso alcançar a sua força de cunho operativo e *práxis* efetiva.

Há diferenças óbvias entre as pessoas, perceptíveis a olhos vistos, as quais, não poderiam ser erigidas, validamente, em critérios distintivos que justifiquem tratamentos jurídicos dispares⁴.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.09.

³ *Ibidem*, *loc. cit.*.

⁴ *Ibidem*, p.11.

Contudo, o princípio da igualdade, apesar de interditar tratamento desuniforme às pessoas, possibilita, em razão do próprio princípio, a utilização de critérios individuais para seu correto emprego.

A lei erigiu elemento diferencial apanhando em diversas situações algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, estabelecendo a cada qual, efeitos jurídicos correlatos e, de conseguinte, desuniforme entre si⁵. Exemplificando, cabe observar que entre os servidores públicos alguns desfrutam de certos benefícios que outros carecem, outro exemplo está nas relações de trabalho, onde os exercentes de função de chefia percebem uma importância correspectiva, ao passo que os subalternos dela carecem.

Habitualmente, supõe-se, que a violação à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores diferenciais existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do discrimen.

Em outras palavras, determinados elementos, características das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, sob pena de serem contra a regra da igualdade⁶.

O enunciado geral de igualdade dirigido ao legislador, segundo Robert Alexy⁷, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos, lado outro, para que exista algum conteúdo, não pode ser permitida toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção.

Assim, observado o previsto no art. 5º, *caput* da Carta Magna, imagina-se que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, sexo, da convicção religiosa, etc. Porém, segundo Celso Antônio⁸, não cabe neste ponto, estabelecer a barreira insuperável do princípio da igualdade, uma vez que estes mesmo caracteres, em algumas hipóteses, nada se chocam a isonomia.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.13.

⁶ *Ibidem*, p.15.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 397.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* 2010, p.15.

Separar o igual do desigual é tarefa difícil, ambas são irmãs gêmeas, só assim convivem, com dificuldade e impulso, afinal só se vendo o que é desigual é que se atinge a igualdade nos objetos⁹.

Suponhamos, por exemplo, que em certa região tenha sido grassada por uma epidemia, que se revele resistente aos indivíduos de certa raça e, por essa razão, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiros, naquela área, os indivíduos da raça resistente à enfermidade que se queira rebelar. Nesta situação hipotética, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer por tal circunstância, qualquer desacato ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar¹⁰.

Nas palavras de Robert Alexy, “se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então topa-se forçosamente com esse paradoxo da igualdade” o paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em um Estado social¹¹.

Sendo assim, qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, não sendo no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato hostilidade ao princípio da isonomia.

Todos os homens são naturalmente iguais, tendo como pressuposto a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis, a igualdade obriga a tratar igualmente o igual, mas desigualmente o desigual, implicando na participação das oportunidades, sendo a base da democracia¹².

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas quando existente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em

⁹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.6.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.13.

¹¹ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, jul./set. 1999, p.70.

¹² VIEIRA, Renato Stanzola. *Op. cit.*, 2014, p.7.

função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição¹³.

Sendo assim, o art. 5º *caput*, ao exemplificar com as hipóteses, apenas pretendeu encarecê-las como insuscetíveis de gerarem, por si só, uma discriminação.

A ordem pública pretende firmar, por via do princípio da igualdade, a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas, exigindo igualdade, buscando meio que assegurasse que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias¹⁴.

No tocante ao processo penal, as partes, embora figurem em polos opostos, também situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus e obrigações.

Entretanto, nada valeria as partes acusadora e acusada encontrarem-se no mesmo plano, se o Estado não lhes proporcionar equilíbrio de forças, dando os mesmos instrumentos para a pugna judiciária.

A igualdade, segundo Renato Stanzola¹⁵, é conceito fundamental aos sistemas jurídicos democráticos, e por tal razão, a fim de se chegar ao seu tratamento no processo penal, deve ser considerada a partir do pano de fundo filosófico-constitucional.

Tendo em vista, que o processo embasado na natureza de igualdade, cuida de tratamento isonômico perante sujeito imparcial, transpõe-se para tal contexto um ideal não necessariamente distributivo, mas de igualdade, por parte do juiz, no tratamento dos envolvidos¹⁶.

A paridade de armas no processo penal brasileiro é um problema de direito constitucional, uma vez que a desigualdade no processo há de atender, antes de tudo, a imperativos e justificativas constitucionais¹⁷.

Assim sendo, depois de passar pelo plano constitucional é que a paridade se torna problema de técnica específica do processo e particularmente do processo penal, no

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.17.

¹⁴ *Ibidem*, p.18.

¹⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**.1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.1.

¹⁶ *Ibidem*, p.2

¹⁷ *Ibidem*, p.4.

qual importa tratar das partes, dos sistemas processuais e da possibilidade de aplicação da persecução penal¹⁸.

Então, fica claro que a análise constitucional deve ser precípua na construção de um direito penal válido, justo e efetivo, corroborando para um processo penal coerente com um Estado de Direito Democrático.

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

De acordo com esse princípio adverte-se a máxima de que o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade.

O princípio da intervenção mínima foi também construído ao abrigo do grande movimento social de ascensão da burguesia, em reação ao sistema penal absolutista, que mantivera o espírito abrangente das legislações medievais¹⁹.

Por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, o legislador sempre que entender que outros ramos do direito não se revelam capazes de proteger adequadamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona condutas positivas ou negativas que merecerão atenção do Direito Penal, conforme expõe Rogério Greco²⁰.

Desta forma, o Direito Penal assume feição subsidiária, ou seja, quando existir outras formas de sanção suficientes e capazes de tutelar o bem em ameaça, a criminalização será incorreta. Só se legitima a criminalização de um fato se o mesmo for meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, segundo Rogério Greco, não é responsável apenas pela indicação dos bens de maior relevo que merecem especial

¹⁸ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**.1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p.5

¹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro :Revan, 2005, p.84.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. I**. 17.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p.47.

atenção do Direito Penal, prestando-se em última análise a fazer com que ocorra a chamada descriminalização²¹.

Conquanto, não previsto expressamente em nossa legislação, o princípio da intervenção mínima deve servir de diretriz ao legislador, e também ao hermenêuta, sob pena de se alargar demasiadamente a atuação do Direito Penal, que deve se ater à proteção dos bens jurídicos fundamentais ao convívio social²².

Tal princípio limita o poder incriminador do Estado, preconizando assim, que a criminalização de uma conduta, como já dito anteriormente, só se legitime se construir meio imperioso para a salvaguarda de ataques contra bens jurídicos importantes²³.

Assim, contextualiza-se aqui o princípio que consagra o direito fundamental a liberdade, que merece atenção especial neste trabalho.

O princípio da liberdade possui *status* de norma fundamental decorrente da Constituição Federal de 1988, ao longo do art. 5º, positivou inúmeros direitos de liberdade, contudo, cumpre salientar, que o abrigo que tal princípio encontra na Carta Magna não se restringe ao Processo Penal, protegendo diferentes tipos de liberdade, com aplicação muito mais ampla, em razão do seu caráter incondicional.

A inspiração da autonomia privada, segundo George Marmelstein, é a de o Estado deve tratar as pessoas sob o seu domínio como atuantes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito²⁴.

Desta forma, por exemplo, cabe a cada um decidir por si mesmo que lugares frequentar, em qual religião deve acreditar ou qual profissão pretende exercer, e assim por diante. Daí os diversos direitos de liberdade, de locomoção, de religião, de profissão, de expressão, etc. Assim, a valoração da autonomia de escolha é preciosa, já que inúmeros direitos fundamentais decorrem de forma direta desse princípio²⁵.

²¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. I**. 17.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p.47.

²² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, vol. 1**. 11 ed. São Paulo: Saraiva 2011, p.446.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.55.

²⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.104.

²⁵ *Ibidem, loc. cit.*

Ao lado desses princípios, poder-se-á também falar da pertinência daquele que analisa a relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado.

Segundo o princípio da insignificância ou bagatela, conforme expõe Bitencourt²⁶, “é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal”.

A irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico protegido, mas em especial o grau de sua intensidade, ou seja, pela extensão da lesão provocada²⁷.

Em síntese, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade, devendo ser valorado, nas palavras de Bitencourt²⁸, através da consideração global da ordem jurídica, demonstrando assim, mais uma vez, o papel essencial dos direitos fundamentais como a igualdade e liberdade.

A origem do direito a liberdade está associada à limitação do poder estatal, o qual tem sua atuação diluída em razão das liberdades públicas impenetráveis pelo Estado.

Assim, a regra em um Estado Social e Democrático de Direito é a liberdade do indivíduo. Advirta-se novamente, que liberdade não se restringe apenas a tradicional liberdade de locomoção, como objeto central de restrição pelo Direito Penal, mas o exercício de todas as liberdades da ordem social moderna, as chamadas liberdades públicas, corroborando sua ampla aplicabilidade e conseqüente caráter fundamental.

Importante frisar, que o Direito Penal Brasileiro, em quase que absoluta maioria tem como consequência prática a privação de liberdade como consequência de uma infração penal, assim sendo, a liberdade, como direito de caráter fundamental intrínseco ao próprio ser humano, deve ser restringida em situações de necessidade extrema, inexistindo alternativa menos onerosa para a realização do Direito posto ao indivíduo.

Ainda, cumpre salientar que, também o princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, e segundo Cezar Roberto Bitencourt, mesmo observada a reserva

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.60.

²⁷ *Ibidem*, p.61.

²⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*.

legal, o referido princípio não impede que o Estado crie tipos penais opressivos e comine sanções cruéis e degradantes²⁹.

Portanto, em síntese apertada, o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, requerido apenas nas situações em que falhem os demais ramos do Direito na contenção da violação dos bens considerados da maior estima.

2.2.1 Princípio da fragmentariedade

De logo, cumpre salientar, que o princípio da fragmentariedade do Direito Penal é consectário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, exposto anteriormente.

Isso quer dizer, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt³⁰, que nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, assim como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos.

Por conta do caráter fragmentário, limita-se ao poder punir as ações mais graves exercitadas contra os bens jurídicos mais importantes. Somente tutelar e sancionará condutas revestidas de especial gravidade, que perturbem de forma intolerável o Estado de direito, necessitando a atuação do Direito Penal³¹.

Ocorre, portanto, uma seleção dos bens jurídicos, de sorte a proteger não todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas selecionar ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-lo perante a indispensabilidade de proteção jurídico-penal³².

O caráter fragmentário, em síntese, significa dizer que o Direito Penal não necessita sancionar todas as ações lesiva à bens jurídicos-penais, tão somente àquelas mais perigosas praticadas contra os bens mais relevantes.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.55.

³⁰ *Ibidem* p.57.

³¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal, v. 1**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 59.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2016, p.58.

2.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Os princípios são postulados fundamentais da política processual penal de um Estado, devendo ser pautado na Constituição Federal. Desta forma, os princípios que regem o Direito Penal e o Direito Processual Penal, devem ser entendidos como o ponto de partida na construção dogmática jurídica.

O processo deve ser sinônimo de garantia e proteção aos imputados contra as arbitrariedades estatais, entretanto, sem esquecer da necessária efetividade da prestação jurisdicional. Diante da atividade do jurista na construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que demonstrem tanto princípios constitucionais com respaldo expresso como princípios constitucionais que decorrem do sistema constitucional³³.

O Processo Penal é regido por uma série de princípios e regras, devendo tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, ao final, na decisão definitiva. O magistrado deve pautar-se na reconstrução da verdade dos fatos, exarando um provimento jurisdicional mais próximo do ideal de justiça.

Contudo, vale ressaltar que, a busca pela verdade real tem posição de princípio na dogmática jurídica, também denominada de “substancial”, de acordo com a terminologia presente no art. 566, CPP, mas, segundo Nestor Távora, em termos absolutos, a verdade real pode se revelar intangível, uma vez que a revitalização do processo, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, em verdade, é a materialização formal daquilo que se imagina ter ocorrido³⁴.

Quando tratamos de Processo Penal, uma coisa é certa, quanto mais democrático for o regime político de um Estado, mais notável será a sua utilização como instrumento em favor da igualdade e liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, inviolável pela Constituição Federal.

No curso do Processo Criminal, a resposta para determinados problemas, que surgem no decorrer da persecução, estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém o intérprete da norma não os visualiza, e assim, acabam dando

³³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.71.

³⁴ *Ibidem*, p.79.

interpretações em contraposição aos elementos primários de constituição do processo³⁵.

Embora existam diversos princípios que irrigam o Processo Penal, o objeto de estudo aqui proposto, tem como cerne a seletividade racial e os reflexos da audiência de custódia no que se entende como descarcerização responsável no sistema penal brasileiro.

Desta forma, trataremos a seguir dos princípios processuais que contribuem, neste momento, para a construção da análise aqui proposta, quais sejam, o princípio do *in dubio pro reo*, do devido processo legal, da duração razoável do processo penal, do contraditório, e da ampla defesa.

2.3.1 Princípio do *in dubio pro reo*

O *in dubio pro reo*, também denominado princípio do favor rei ou favor réu, é de extrema importância no Processo Penal, sua aplicação é percebida através da ponderação entre o direito de punir do Estado e *status libertatis* do imputado, em outras palavras, no Processo Penal, a dúvida sempre milita em favor do acusado.

Tal princípio é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, isso porque, o operador do direito, deparando-se com uma norma que possua interpretações antagônicas, deve-se optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado³⁶.

Na observância de tal princípio, fica estabelecido que o juiz deve seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha juntado prova suficiente para obter uma condenação.

O elemento impulsionador da interpretação que se deve exercer para o alcance da norma mais favorável ao acusado, quando existentes dois caminhos possíveis, um prejudicial ao réu e outro favorável, é exatamente o favor rei³⁷.

³⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 3 et seq..

³⁶ *Ibidem*, p.35.

³⁷ *Ibidem*, loc. cit..

Conforme expõe Nestor Távora, o princípio referido acima mitiga, em parte, o princípio da isonomia processual, justificado em razão do direito à liberdade envolvido, bem como dos riscos que envolvem uma possível condenação equivocada³⁸.

Um exemplo de típica positivação do favor rei (*favor innocentiae*) está previsto no inciso VII do art. 386, CPP, hipótese de absolvição do réu por ausência de provas suficientes capazes de confirmar a acusação formulada pelo denunciante. Outro exemplo é a autorização que o juiz ou tribunal tem para absolver o réu quando, verificada a prescrição da imputação discutida.

Neste ponto, o princípio do *in dubio pro reo*, se enlaça também com a presunção de inocência que, em breve síntese, inverte o ônus da prova, devendo o órgão acusador apresentar processualmente prova da culpa do indivíduo presumidamente inocente³⁹.

Desta forma, o princípio do *in dubio pro reo*, possui a seguinte diretriz: na dúvida entre a culpa ou não do acusado deve prevalecer à liberdade do indivíduo em detrimento do direito de punir do Estado (*jus puniendi*), atendendo assim, ao *jus libertatis*, norma constitucional fundamental.

2.3.2 Princípio do devido processo legal

O Princípio do Devido Processo Legal assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, segundo Nestor Távora⁴⁰, tal princípio, assim disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal, é sinônimo de garantia, respeitando assim, os ditames estabelecidos pela Constituição Federal.

Faz-se necessário um processo tipificado, sem desvirtuamento dos atos essenciais, e, em se tratando de aplicação de sanção penal, é imprescindível que a reprimenda

³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87 *et seq.*

³⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.35.

⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Op. cit.*, 2016, p.87.

pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*⁴¹.

Além disso, a pretensão punitiva deve seguir um procedimento regular, perante a autoridade competente, analisando provas validamente colhidas, respeitando o contraditório e a ampla defesa, estes últimos, trataremos a seguir, em momento oportuno.

A tramitação regular e legal de um processo, segundo Paulo Rangel⁴², é garantia que o cidadão tem de que seus direitos serão respeitados, sendo inadmissível violação aos mesmos que não prevista em lei.

Já houve, conforme expõe Tourinho Filho, quem pensasse que, em face de tal princípio haveria dificuldade para a decretação da prisão preventiva, contudo, não merece razão tal questionamento, já superado, uma vez que as prisões preventivas continuarão, desde que observadas as prescrições legais⁴³. Contudo, cumpre salientar que a presunção de inocência parece ser o maior óbice que se impõe à decretação da prisão preventiva.

A liberdade é regra, o cerceamento à liberdade de locomoção é a exceção, contudo, vale ressaltar que por um princípio hermenêutico, as regras que concedem direito não comportam interpretações restritivas, sendo assim, em outras palavras, a expressão *da liberdade*, de fundamento constitucional, compreende não só a liberdade de locomoção, como toda e qualquer liberdade com previsão em nosso ordenamento jurídico⁴⁴.

Ainda, segundo Paulo Rangel, a Constituição Federal, ao estatuir *da liberdade*, não especificou o tipo de liberdade. Sendo assim, o operador do Direito, ao interpretá-lo não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo leal constitucional⁴⁵.

Segundo Nestor Távora, o devido processo legal é percebido em duas perspectivas. A primeira, processual, assegurando a tutela de bens jurídicos por meio do devido procedimento (*procedural due process*), e na segunda, material/substancial, ou seja,

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.87.

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.4.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.84.

⁴⁴ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, 2016, p. 4.

⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

na elaboração e aplicação normativa, de forma adequada, correta e razoável (*substantive due processo of law*)⁴⁶

A lei processual penal deve respeitar aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, portanto, não basta a tipificação e aplicação para tornar perfeito e acabado o exercício do poder estatal de punir, antes de qualquer coisa, é também imperioso um adequado instrumento para aplicação de um processo jurisdicional efetivo e justo.

Deve todos os outros princípios processuais dimanar deste em análise, vez que não existe verdade processual sem que, respeitem-se os procedimentos estabelecidos na lei. O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele⁴⁷.

Em outras palavras, o processo deve ser utilizado para garantia suprema do *jus libertatis* e como ferramenta de implementação da Constituição Federal, ou seja, garantindo direitos essenciais, evitando assim, os excessos do Estado.

2.3.3 Princípio da duração razoável do processo penal

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004⁴⁸, que trata da Reforma do Judiciário, dispôs, no inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, isto porque a justiça, como tal, não pode ser tardia.

Foram consideradas para a edição da referida emenda, os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto a vítima como ao réu. Busca-se

⁴⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.87.

⁴⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.5.

⁴⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora que simboliza, muitas vezes, verdadeira antecipação de pena⁴⁹.

O princípio da duração razoável do processo já estava inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Pacto de São José da Costa Rica, que claramente, em seu art. 8º, resguarda a toda pessoa o direito de ser ouvida perante um juiz ou tribunal dentro de um prazo razoável⁵⁰, *in verbis*:

Art. 8º Garantias judiciais

1.Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Logo, tal regra não é inovadora, mas sim repetitiva, e agora, em resposta a sua inobservância no ordenamento jurídico brasileiro, advém o instituto da audiência de custódia, ressalvada seu caráter não processual, na tentativa de mais uma vez tornar efetivo uma garantia que de longe tem fundamento constitucional e deve ser cumprido, que a celeridade na persecução penal.

O tempo é fundante da estrutura do Direito Penal, na medida em que tanto cria e como mata o direito (prescrição), nessa relação constata-se que, em síntese, a pena é tempo e o tempo é pena. Em linguagem palpável, pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena⁵¹.

Entretanto, não existe previsão do que seria prazo razoável de um processo, a regra é inócua, trata-se de norma programática, sem instrumentalidade efetiva, ainda mais para aqueles que conhecem o sistema judicial brasileiro⁵². Teoricamente o sistema é muito bem previsto, mas na prática não, porque as deficiências encontram-se muitas vezes na capacidade técnica das pessoas que operam o sistema.

O processo é instrumento de verbalização da Constituição Federal, instrumento de limitação estatal com o objeto de barrar abusos.

⁴⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.90.

⁵⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.43.

⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol I**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 139.

⁵² RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, 2016, p.43-44.

O processo penal, segundo Aury Lopes⁵³, como instrumento para a realização do Direito Penal, precisa realizar duas funções, a primeira é tornar viável a aplicação da pena, a segunda é servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando assim, aos cidadãos proteção dos excessos do Estado.

É garantia do exercício da cidadania a duração razoável do processo na medida em que se permite que todos possam ter acesso à justiça, sem que isso signifique demora na prestação jurisdicional⁵⁴.

Assim sendo, a duração razoável do processo é instrumento que garante celeridade na tramitação processual, prevista expressamente no diploma constitucional, buscando-se presteza e proteção no transcorrer do deslinde processual.

2.3.4 Princípio do contraditório

A possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos processuais, segundo Nestor Távora⁵⁵, traduz o binômio ciência e participação, com respaldo constitucional no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal.

Além disso, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamado também de Pacto de São José da Costa Rica, consagra o contraditório em seu art. 8º, dando caráter de garantia judicial inerente ao próprio direito de defesa⁵⁶.

Independentemente do polo da relação processual em que se encontre, ativo ou passivo, o princípio do contraditório, garante as partes o poder de influenciar em processo com repercussão em sua esfera jurídica.

Isso quer dizer que ao agente, seja ele autor ou réu, será admitido influir no conteúdo da decisão judicial, ou seja, o direito de alegar, de se manifestar, produzir prova, dentre outros.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.38.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.45.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.75.

⁵⁶ RANGEL, Paulo. *Op. cit.*, 2016, p.16.

O princípio do contraditório existe de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da Constituição de 1988, contudo, sua positivação expressa se deu com o advento da Constituição retro, reconhecendo-lhe a qualidade de direito de primeira geração, de proteção à liberdade⁵⁷.

Importante frisar que, não é suficiente assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, a atuação no campo prático substancial merece lembrete no transcorrer da persecução jurídico-penal.

Aliado ao princípio da ampla defesa que será tratado a seguir, o contraditório assegura a paridade de tratamento no curso do processo.

Nesta lógica, o nosso Código de Processo Penal garante o contraditório em sua acepção material, como ocorre no art. 261, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

O ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor, corroborando a imprescindível necessidade de reação processual formal e substancial⁵⁸, outro exemplo da acepção material do contraditório está previsto no art. 497, V.

Importante frisar que, segundo Nestor Távora, o entendimento majoritário, é de que não será exigível o direito ao contraditório em sede de inquérito policial, em razão de ser um procedimento administrativo de caráter informativo⁵⁹. Contudo, deve ser respeitado o direito à publicidade, acesso amplo aos elementos de prova colhidos no procedimento investigativo, conforme previsão da súmula vinculante nº 14.

O princípio do contraditório, como foi dito anteriormente, diferente da elaboração tradicional, não tem sua aplicabilidade reduzida a “garantia de participação” no processo, na formação do convencimento do juiz, hoje busca-se a igualdade processual, através da paridade de armas, tendo como alvo a realização de um processo justo, equitativo na imposição da sanção penal.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.75.

⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit..

⁵⁹ *Ibidem*, p. 76.

2.3.5 Princípio da ampla defesa

De logo, cumpre salientar, que o princípio da ampla defesa não se confunde como princípio do contraditório, anteriormente exposto.

Existem defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, contudo, segundo Eugênio Pacelli⁶⁰, é um posicionamento que não merece guarida.

Enquanto que o princípio contraditório exige garantia de participação, o da ampla defesa vai além, conferindo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando for prejudicial ao acusado⁶¹.

O contraditório é princípio protetivo de ambas as partes, ao passo que a ampla defesa, diferentemente do contraditório, é garantia com destinatário certo, o acusado⁶².

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica ou processual e autodefesa. Na primeira, deve ser realizada por profissional habilitado, e é sempre obrigatória, enquanto que a segunda, também conhecida como defesa material será realizada pelo próprio acusado, executada por conveniência do réu, que poderá optar pela inércia, invocando inclusive, se quiser, o silêncio⁶³.

A autodefesa, por sua vez, comporta também uma subdivisão, representada na forma do direito de audiência. Ou seja, oportunidade de influenciar na defesa por intermédio do interrogatório, bem como na possibilidade do réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas⁶⁴.

Deste modo, em singela síntese, pode-se afirmar, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, ambas efetivas e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado, de importante valia em um Estado Democrático de Direito.

⁶⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44 *et seq.*.

⁶¹ *Ibidem, loc. cit.*.

⁶² *Ibidem*, p. 45.

⁶³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 77.

⁶⁴ *Ibidem, loc. cit.*.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O presente capítulo tem como objetivo trazer explicações a respeito da audiência de custódia, cujo cerne é a garantia dos direitos fundamentais da liberdade e da pessoa humana no momento da prisão em flagrante.

O sistema penal, com a implementação da audiência de custódia visa proporcionar um caráter mais humanitário, além de ter o condão de contribuir para que haja uma redução no número de prisões preventivas desnecessárias.

No Brasil, o projeto de lei do Senado 554/2011, aprovado no plenário em Novembro de 2016, traz como determinação a prática da audiência de custódia, fomentando uma inegável modificação promissora no sistema de justiça penal.

3.1 DEFINIÇÃO, PREVISÃO NORMATVA E FUNDAMENTO LEGAL

Audiência de custódia é o termo empregado para a apresentação do sujeito preso em flagrante perante o juiz, observados alguns requisitos essenciais. A palavra custódia tem como conceito denotativo o ato de proteger, preservar, salvaguardar, corroborando assim a ideia cerne do seu objeto, ou seja, constituir-se como um mecanismo para proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais.

Consiste, basicamente, no direito do autuado preso em flagrante ser conduzido, sem demora⁶⁵, perante um juiz, para que nessa ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da ilegalidade e da necessidade da prisão⁶⁶.

Nestor Távora conceitua flagrante como sendo o delito que “queima”, em outras palavras, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em

⁶⁵ O prazo para apresentação do preso ao juiz varia conforme os países que já adotam a medida. Por exemplo, na Argentina o prazo é de 6h; no Chile, 24h; no Peru, México e EUA, 48 h; na Colômbia, 36h; na Espanha 72h (ASSESSORIA DE IMPRENSA DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Magistrados debatem sobre audiência de custódia**. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/10001>>. Acesso em: 19 set. 2016).

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.467.

flagrante é a medida que resulta no momento e no local do crime, medida essa que restringe a liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, não sendo exigida ordem escrita do juiz, uma vez que o fato ocorre de imediato⁶⁷.

Já Guilherme de Souza Nucci, entende prisão em flagrante como uma modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção)⁶⁸.

A prisão em flagrante é expressamente prevista pela Constituição Federal de 1988⁶⁹, o art. 5º, LXI, disciplina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, diferindo assim, das demais modalidades de prisão na medida que, em regra, prescinde da manifestação do juiz de direito, salvo nos casos de transgressão militar definido em lei específica⁷⁰.

Outra característica interessante e que merece destaque na modalidade prisão em flagrante é a autorização legal que o próprio Código de Processo Penal outorga, permitindo que qualquer um do povo possa efetuar a prisão quando o sujeito delinquente se encontre em flagrante delito⁷¹.

Sendo assim, depreende-se dos conceitos doutrinários e da previsão expressa da Carta Magna de 1988 algumas características essenciais para que seja estabelecida uma prisão em flagrante, que é condicionante elementar, para aplicabilidade correta do instituto da audiência de custódia, quais sejam, a natureza “pré-cautelar”, vez que a prisão em flagrante não se sustenta pura e simplesmente, sendo necessário o controle judicial com brevidade para que se decida sobre a conversão em provisória ou a liberação do preso, o caráter eminentemente administrativo, o cerceamento do

⁶⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.891.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 533 *et seq.*

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

⁷⁰ ROSTIROLLA, Luciano. Aspectos Práticos e Jurídicos das Audiências de Custódia no Processo Penal Brasileiro. *In*: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de; VIVEIROS, Estefânia (Coords.). **Efetivação da Tutela Jurisdicional e Técnicas Processuais**. 1.ed. São Paulo: PerSe, 2016, p.331.

⁷¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

direito a liberdade e a não exigibilidade de ordem escrita do juiz para fazer cessar imediatamente a infração.

Portanto, a regra será válida somente para prisões processuais, ou seja, as prisões que ocorrem antes de uma sentença penal condenatória, sendo um instrumento que permite a melhor efetivação do direito à ampla defesa e ao contraditório em face da prisão em flagrante.

Contudo, vale ressaltar que, sendo um instituto antigo, porém com aplicação inovadora, existem algumas discordâncias no que se refere a aplicação exclusiva da audiência de custódia para prisões processuais, há quem defenda o uso de tal instituto de forma ampla, incorporando sua aplicabilidade para qualquer prisão provisória.

No Brasil, tramita o Projeto de Lei nº 554/2011, visando a regulamentação de tal instituto, que na visão de Nestor Távora⁷², melhor seria que o projeto deixasse expressamente o amplo cabimento da audiência de custódia, não só para os casos de prisão em flagrante, mas também para toda e qualquer prisão provisória (preventiva e temporária) e também para os casos de imposição de medida cautelar, justificado tal posicionamento no fundamento de que geralmente esta última é providência subsequente a prisão, persistindo os mesmos objetivos do interrogatório de garantia, como também é denominada a audiência de custódia, qual seja, em especial, a prevenção de infrações penais relacionadas à tortura.

Para Renato Brasileiro, como princípio do processo penal, o contraditório seria composto por dois elementos principais, quais sejam, o direito à informação e o direito de participação⁷³.

Sendo assim, o contraditório seria a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis, abrangendo desta forma, tanto o direito de se informar como o direito de informar.

O primeiro funciona como consectário lógico do contraditório. Segundo o autor, para que exista um processo penal eficaz e justo não pode ser admitido que a parte adversa não seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte

⁷² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.930.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49.

contrária. Quanto ao direito à participação, entende como a possibilidade da parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária⁷⁴.

No que se refere a ampla defesa no processo penal, ainda, segundo Renato Brasileiro, tal princípio está diretamente ligado ao princípio do contraditório, onde o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõe o contraditório, qual seja, a informação, outorgando ao acusado, privilégios em detrimento da acusação, por exemplo, os recursos privativos de defesa, a regra *in dubio pro reo* e da *reformatio in pejus*⁷⁵, instrumentos que funcionam como mecanismos para a manutenção da liberdade do sujeito.

A liberdade, sendo um direito fundamental inerente ao ser humano, deve ser limitada em situações de extrema necessidade, em que não exista alternativa menos onerosa para a efetivação do Direito posto ao indivíduo. Em outras palavras, o Direito Penal debruça-se à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, posto apenas, como dito no capítulo anterior, quando nenhum outro meio for efetivo na proteção desses bens, demonstrado pelos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

O princípio da fragmentariedade dispõe que o Direito Penal deve proteger apenas valores imprescindíveis para a sociedade. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”⁷⁶.

Já o princípio da subsidiariedade é tido como um soldado de reserva, conforme a citação de Hungria⁷⁷, isto é, o Direito Penal é subsidiário e só será aplicado quando não couber a aplicação de outro ramo do Direito capaz de solucionar o conflito⁷⁸.

Ocorre que, a prisão foi desvirtuada, tornando-se a regra no lugar da exceção quando se trata de instrumento para a efetivação do Direito Penal. Um aparelho

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49.

⁷⁵ *Ibidem*, p.51 *et seq.*

⁷⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.55.

⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, vol I. Tomo I**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.139.

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. I**. 17.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p.76.

disciplinar exaustivo da sociedade capitalista instituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade⁷⁹.

Contudo, cumpre salientar que, conforme demonstrativos do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, de forma esperançosa para os avanços da justiça equitativa no sistema de justiça penal, as penas alternativas têm sido empregadas de forma mais frequente que a própria prisão⁸⁰.

O contexto de prisão, no Brasil, é tão preocupante que mesmo com o advento da Lei 12.403/2011, que tem como objetivo principal colocar a prisão como *ultima ratio* das medidas cautelares, não ocorreu uma mudança efetiva na prática judicial.

De logo, faz-se necessário, diferenciar a prisão das medidas alternativas à prisão cautelar, bem como das penas alternativas à prisão.

Prisão, em sentido jurídico, deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção do indivíduo através do recolhimento. Para Renato Brasileiro a palavra prisão provém do latim *prensione*, que vem de *prehensione*, que significa prender.

As chamadas medidas cautelares alternativas a prisão tem previsão no art. 319 do Código de Processo Penal, fruto da modificação legislativa trazida pela Lei 12.403/2011, trazendo relevantes alterações no trato com as prisões. Com sua vigência, o magistrado não se restringe apenas à aplicação do binômio: manter o indiciado ou réu preso preventivamente ou conceder ao mesmo a liberdade provisória com ou sem fiança.

A referida legislação modificou esse cenário, inserindo as chamadas medidas cautelares alternativas a prisão, dando ao magistrado mais opções e causando o fim de um sistema bipolar.

Com isso, assumiu-se em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado e junto a isso, ampliou-se as possibilidades de proteção da regular tramitação do processo penal⁸¹.

⁷⁹ CIRINO, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 455.

⁸⁰ BRASIL. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas (ILANUD)**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/penasalternativasilanudcompleto.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁸¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

No que tange as penas alternativas à prisão, cumpre salientar que, o ideal de ressocialização através da penalidade precisa ser concebida utilizando a pena privativa de liberdade como pena de última instância, direcionando-se essencialmente aos jurisdicionados que evidenciem potencial risco a segurança pública.

Desta forma, em caminho diverso da pena privativa de liberdade, as penas alternativas a prisão, possuem natureza substitutiva, observando os pressupostos situados pelo Art. 44 do Código Penal, que estabelecem critérios específicos e condições de aplicabilidade, por exemplo, a quantidade da pena aplicada, que nos casos de crimes dolosos a substituição será cabível quando a pena imposta na sentença não for superior a quatro anos; ou nos crimes culposos qualquer que seja a quantidade da pena aplicada a substituição é permitida e a reincidência, que se examinará quando o agente comete novo crime, após transitar em julgado a sentença, sem que, contudo, não tenha entre a data da extinção da punibilidade e a decorrência da nova infração, transcorrido o lapso temporal de cinco anos.

Importante frisar que, todos os pressupostos elencados no Art. 44 do Código Penal devem, ser analisados conjuntamente, no momento da substituição das penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos, com o objetivo de que as penas alternativas não sejam aplicadas na casualidade, evitando assim, tal benefício para condenados que não preencham todos os critérios para a substituição.

Ainda, no que se refere ao contexto de prisão no Brasil, e as alterações ao Código Penal feitas com o advento da Lei 12.403/2011, deve ser observada a alteração realizada na hipótese de prisão em flagrante.

O art. 310 do CPP⁸², que foi alterado pelo diploma normativo referido acima, prevê que o juiz ao receber o autor preso em flagrante, deverá, fundamentadamente: a) relaxar a prisão, b) convertê-la em preventiva, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do CPP e se forem demonstradas como inadequadas ou insuficientes as demais medidas cautelares não constritivas de liberdade, ou c) conceder liberdade provisória.

⁸² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

Contudo, na prática, o que ocorre é a prisão preventiva continuar sendo a regra no sistema penal brasileiro, e não a exceção como deveria ser, não tendo, por consequência, a esperada redução do número de presos cautelares após a alteração legislativa em 2011⁸³. Prova disso é que os dados da contabilidade do INFOPEN, de junho de 2014 mostram que existem 607.731 presos, sendo 6,7 vezes maior que a população prisional de 1990⁸⁴.

O Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, tendo-a promulgada, aqui, pelo Decreto nº 678, em 6 de novembro daquele ano. No mesmo ano, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgando-o pelo Decreto nº 592. Contudo, passado mais de 20 anos da incorporação dos diplomas supralegais internacionais no ordenamento jurídico interno, insiste na obstinação em cumpri-los ou pelos menos insistia⁸⁵.

Como forma de limitar a utilização descabida da prisão, a CADH dá maior relevância ao papel de tal instrumento como aparelho de privação do direito fundamental a liberdade. O art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos determina:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo⁸⁶.

No mesmo sentido, assegura o artigo 9º, 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelece:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.462.

⁸⁴ BRASIL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 21 nov. de 2016.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. *Op. cit.*, 2014, p.466.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (...)⁸⁷:

Cumpra salientar, uma discussão acerca da expressão juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais, encontrada na CADH, bem como no PIDCP.

A CADH já demonstrou que não pode ser generalizada a competência para o exercício da função judicial quando recusou considerar como juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais a jurisdição militar, o agente fiscal do Ministério Público e o fiscal naval.

Sendo assim, através de uma interpretação hermenêutica, está habilitado para o exercício da função judicial apenas o funcionário público incumbido da *jurisdição*, que no Brasil é exercido pelo magistrado.

Ainda em defesa da limitação do exercício de tal função nas audiências de custódia, Ronaldo Batista Pinto, afirma que não se trata de qualquer autoridade, mas de autoridade legalmente autorizada ao exercício de função judicial, não sendo possível o Delegado de Polícia competente para exercer tal função⁸⁸.

O CPP brasileiro, mais precisamente no *caput* e parágrafo único do art. 306⁸⁹, prevê que o juiz deverá ser imediatamente comunicado da prisão de qualquer pessoa, devendo ser remetido ao mesmo, no prazo de 24 horas, o auto da prisão em flagrante.

Apesar de algumas semelhanças, não pode existir confusão entre tal previsão legal e a regulamentação da audiência de custódia, uma vez que o disposto no diploma legal referido não atende a exigência prevista no CADH.

Apenas o conhecimento pelo juiz da existência de uma pessoa detida não satisfaz a garantia que a audiência de custódia propõe, uma vez que não basta tal conhecimento, deve ser garantido ao detido comparecimento pessoal perante o juiz

⁸⁷ BRASIL. **Decreto n.592**, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁸⁸ PINTO, Ronaldo Batista. Audiência de Custódia – Da indevida equiparação do delegado de polícia ao juiz de direito para fins de audiência de custódia. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.76, jul./ago. 2015, p.394.

⁸⁹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

ou autoridade competente, que deve valorar o que for narrado pelo preso, para decidir entre conceder a liberdade ou manter a privação de liberdade.

No Brasil, a audiência de custódia foi posta em discussão através da PLS 554/2011, visando alterar o art. 306 do Código de Processo Penal. Segundo o projeto de lei, ao autuado preso em flagrante, deverá ser proporcionado, no prazo de 24 horas após a prisão, uma audiência específica, na presença de um Juiz, com a presença de um Promotor de Justiça, e de um Defensor Público, caso não apresente advogado particular, para que seja analisada as condições em que fora preso, a verificação da existência ou não de maus tratos ou de tortura, bem como para que seja determinadas medidas judiciais ou não judiciais, garantindo-lhe a mínimo de dignidade humana.

Destarte também, a ADPF nº 347/DF ajuizada com o objetivo de aplicar no Brasil a Teoria Colombiana do Estado de Coisa Inconstitucional, que teve origem na Colômbia em 1997 com a “*Sentencia de Unificación*” nº 559:

O Estado de Coisa Inconstitucional refere-se à possibilidade da Corte Constitucional do país condenar o próprio Estado a implantar políticas públicas em casos de extrema gravidade estrutural. Neste diapasão, após constatar-se a contínua omissão dos Poderes Executivo e Legislativo do país, a Suprema Corte poderá condenar o Estado a uma mudança drástica estrutural, configurando um “freio de arrumação”⁹⁰.

A definição de Estado de “Cosas” Inconstitucional teve sua ideia desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana no contexto de sistemáticas violações a direitos fundamentais e possui um ambicioso propósito, qual seja, “permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público”⁹¹.

Ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário acaba por declarar também a existência de uma violação generalizada e estrutural dos direitos

⁹⁰ RAVAZZANO, Fernanda. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF**. Canal Ciências Criminais. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>> . Acesso em: 20 nov. 2016.

⁹¹ MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *In*: LEAL, Gabriel Prado; OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Orgs.). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.241.

fundamentais contra um grupo de pessoas chamando todos os órgãos responsáveis para que adotem medidas eficazes para solucionar o problema⁹².

Atualmente, mesmo com os questionamentos sobre a realização da audiência de custódia e sua regulamentação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 provocada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, deixando claro que a audiência de custódia é uma realidade irreversível.

Outro exemplo que fomenta o cumprimento dos Tratados internacionais no Brasil foi o lançamento do Projeto Audiência de Custódia pelo Conselho de Justiça Nacional em parceria com o Ministério da Justiça e o TJSP, como uma forma de incentivar as capitais e comarcas do país para a realização das audiências de custódia.

Após a implementação da audiência de custódia, evidencia-se, mesmo que de forma paulatina, a modificação da inércia no cumprimento dos instrumentos supralegais, prova disso é que as audiências de custódia passaram a ser realizadas em todas as capitais do país e progressivamente nas cidades do interior e nos plantões de final de semana ao longo de 2015 e 2016⁹³.

Como se observa das regras internacionais, projeto de lei, posição consolidada do STF e da promoção e fomento do CNJ, que sobre ela dispõem, a audiência de custódia, em síntese, tem por objeto, permitir a análise pelo juiz da legalidade da prisão em flagrante, bem como da necessidade ou não de manter a custódia cautelar, buscando ainda, garantir o respeito a integridade física e moral do sujeito preso.

⁹² MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *In*: LEAL, Gabriel Prado; OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Orgs.). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.242.

⁹³ BRASIL. Comissão Nacional de Justiça (CNJ). **Em novo endereço, plantão acelera audiências de custódia na Bahia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81950-em-novo-endereco-plantao-acelera-audiencias-de-custodia-na-bahia>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

3.2 CONVENÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece os direitos essenciais da pessoa humana, mas não como decorrência da nacionalidade, e sim em razão da condição de humana, o que justifica a proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o Direito dos seus Estados-partes⁹⁴.

O Pacto de San José da Costa Rica, como também é conhecida a CADH, foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em razão da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica. Em vigor internacionalmente apenas em 18 de julho de 1978⁹⁵.

A Convenção tem sua estrutura basilar nos dois primeiros artigos, onde fica evidente a importância da liberdade como cerne na construção do referido diploma.

Nesse sentido, disciplina Valerio Mazzuoli acerca dos deveres dos Estados em respeitar os direitos previstos no sistema protetivo do pacto:

Segundo o art. 1.º, 1, intitulado *Obrigação de respeitar os direitos*, os Estados-partes na Convenção “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social”⁹⁶.

Ainda, em decorrência do direito à liberdade, a CADH estabelece no art. 7º que ninguém deve ser detido por dívidas, ressalvadas as hipóteses de inadimplementos de obrigação alimentar, ratificando mais uma vez a importância da vida livre no sistema protetivo.

As garantias jurídicas contempladas pela CADH, mais uma vez, observando o direito a liberdade e segurança pessoais, está no art. 8º. Assim, toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, assim como toda pessoa tem

⁹⁴ RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.251 *et seq.*

⁹⁵ *Ibidem*, p.251.

⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Método, 2014, p.115 *et seq.*

também o direito a presunção de inocência, enquanto não for comprovada legalmente sua culpa⁹⁷.

Cumprido salientar, que o Pacto de São José da Costa Rica não se limita a trazer proteção apenas ao direito fundamental a liberdade, segurança e garantias judiciais, debruça-se ainda, acerca dos princípios da liberdade, isonomia e efetividade dos direitos humanos, recepcionados pelo Código Penal Brasileiro.

O Brasil ratificou à CADH somente no ano de 1992, tendo ela sido promulgada internamente pelo Decreto nº 678, em 6 de novembro desse mesmo ano, provocando a necessidade, mesmo que morosa e complexa, da observância dos direitos fundamentais que o pacto disciplina.

Posteriormente, o STF no RE 466.343/SP e no HC 87.585/TO, quando julgava casos de prisão de depositário infiel, firmou o caráter supralegal da referida convenção, ou seja, é uma norma que se encontra hierarquicamente inferior a Constituição Federal, entretanto, superior as leis ordinárias⁹⁸.

A decisão do STF:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).[...] (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto)⁹⁹.

⁹⁷ RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.254 *et seq.*

⁹⁸ ROSTIROLLA, Luciano. Aspectos Práticos e Jurídicos das Audiências de Custódia no Processo Penal Brasileiro. *In*: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcacer de; VIVEIROS, Estefânia (Coords.). **Efetivação da Tutela Jurisdicional e Técnicas Processuais**. 1.ed. São Paulo: PerSe, 2016, p.336.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.349703. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DJe 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

Segundo André Ramos, a qualidade de homem livre, só poderá ser alcançada a partir da criação de condições que permitam as pessoas gozarem não só dos seus direitos civis e políticos, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁰. Essa é uma construção que precisa ser estimulada a todo momento dentro e fora dos institutos da justiça brasileira, através de políticas de inclusão e informação, não é uma tarefa fácil.

Apesar dos indicativos do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), constatando através de demonstrativos, que as penas alternativas estão em crescente, sendo aplicada de forma mais frequente que as penas que resultam na privação de liberdade, o protagonismo da pena privativa de liberdade ou pecuniárias, ainda figura como principal meio de resposta social no ordenamento penal brasileiro, sendo as restritivas de direitos utilizadas de forma substitutivas¹⁰¹.

A influência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro é, certamente, incontestável, contudo, o ramo do Direito que mais sofre influência dessas Convenções é o processual penal. Para se alcançar um devido processo deve-se observar não apenas o legal e constitucional, mas também o convencional¹⁰².

A ideia da cultura punitiva precisa ser modificada, para tanto, é imprescindível que exista uma mudança cultural em que se coloque a Constituição como preceito fundamental no Direito, tornando-a efetiva e capaz de exercer a organização e controle judicial sem descartar a necessária influência dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, disciplina Aury Lopes e Caio Paiva acerca da convencionalidade da lei aplicada pelos juízes e tribunais:

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância

¹⁰⁰ RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.252.

¹⁰¹ BRASIL. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas (ILANUD)**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/penasalternativasilanudcompleto.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

¹⁰² LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.465.

prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do recurso extraordinário ao STF¹⁰³.

Sendo assim, o controle de convencionalidade se torna inafastável para que exista uma adequação com as garantias definidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entretanto, apesar dos desafios práticos e judiciais, fica clara a importância do referido Pacto Internacional como limitação dos abusos Estatais e efetivação de garantias. Entende-se, portanto, como necessária a implementação da audiência de custódia no ordenamento processual penal brasileiro, ratificando os princípios estabelecidos pela Convenção Americana de Direito Humanos, a qual o Brasil é signatário.

3.3 DESAFIOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme descrito anteriormente, a audiência de custódia tem o condão reduzir o encarceramento em massa, proporcionando um caráter mais humanitário, em observância às garantias e direitos fundamentais da liberdade e da pessoa humana, previsto pelos diplomas internacionais que o Brasil é signatário. Lado outro, tal instrumento, promissor no sistema de justiça penal, enfrenta alguns desafios em sua implementação que serão examinados a seguir.

3.3.1 Audiência de custódia frente à cultura punitiva

Um dos principais desafios que a audiência de custódia precisa enfrentar é a cultura punitiva. A mudança cultural se faz necessária para entender a importância da implementação de tal instrumento, que tem como objetivo basilar proporcionar maior

¹⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.469.

efetividade aos direitos humanos mínimos para o convívio harmônico entre liberdade individual e poder estatal, observando o direito à ampla defesa e ao contraditório¹⁰⁴.

Outro argumento para o não reconhecimento da exigência da audiência de custódia nos processos penais no ordenamento jurídico brasileiro decorria do princípio núcleo do direito penal, qual seja, a legalidade, contudo é uma questão superada como será demonstrado a seguir.

3.3.2 Crítica ao fundamento legal da audiência de custódia

A legalidade se manifesta pela locução latina do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto no art. 1º do Código Penal¹⁰⁵. Em outras palavras, não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. Segundo Juarez Cirino a legalidade é o instrumento constitucional de proteção individual mais importante no moderno Estado Democrático de Direito¹⁰⁶.

Na prática, além do enfrentamento dos aspectos culturais, a falta de inovação ou alteração legislativa para tornar legítima a uso da audiência de custódia no país, era utilizado como justificativa para o não reconhecimento da sua utilização, uma vez que a patente dada ao legislador não pode ser franqueada ao Poder Judiciário para a implementação do instrumento em discussão, em que pese a previsão normativa da CAHD.

Neste ponto, um exemplo de julgado entendendo desnecessário o procedimento da audiência de custódia:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONDUÇÃO PESSOAL DO PRESO AO JUIZ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. O ordenamento jurídico pátrio não contempla o instituto da "audiência de custódia", apenas prevê o encaminhamento do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão cautelar. Não há condução pessoal do preso ao magistrado. 2. O indeferimento do pedido de realização de audiência de custódia - por absoluta falta de

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.467.

¹⁰⁵ BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰⁶ CIRINO, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 20.

previsão legal - não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por habeas corpus. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (TRF-1 – HC: 389797520144010000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de julgamento: 23/09/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 03/10/2014)¹⁰⁷.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 5240, julgou improcedente a ação promovida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, que questionava provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado que trata do procedimento, firmando o entendimento de que a audiência de custódia é uma realidade no atual ordenamento jurídico penal brasileiro.

A decisão do STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. [...] (ADIN 5240. Relator: Min. Luiz Fux)¹⁰⁸.

O relator do voto, o Ministro Luiz Fux, afirma que o provimento não violou competência de outros Poderes, nem ajustou normas de Direito, uma vez que apenas promoveu atos de autogestão do tribunal, estipulando direções na organização administrativa interna:

O ministro Fux afirmou que a realização das audiências de custódia – que em sua opinião devem passar a ser chamadas de “audiências de apresentação”, tem se revelado extremamente eficiente como forma de dar efetividade a um direito básico do preso, impedindo prisões ilegais e desnecessárias, com reflexo positivo direto no problema da superpopulação carcerária. “Não é por acaso que o Código de Processo Penal brasileiro

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus n.389797520144010000. Terceira Turma. Relator: Ney Bello. DJ 23 set. 2014. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00389797520144010000&pA=&pN=389797520144010000>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5240 – Proc. 8621360-86.2015.1.00.0000. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia Do Brasil - ADEPOL- Brasil. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> . Acesso em: 22 nov. 2016.

consagra a regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual, recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em data e hora que designar. Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos¹⁰⁹.

Existem decisões mais recentes do STJ, entendendo que a falta de audiência de custódia seria uma mera irregularidade, não ensejando nulidade da decretação da prisão preventiva.

Decisão do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. QUESTÃO SUPERADA. FLAGRANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ E CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante. Precedentes. [...] (RHC 344.989. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca)¹¹⁰.

Tal fundamentação não merece guarida no atual ordenamento pátrio. O caso levado ao STJ, em sua defesa foi alegado que prisão sem a realização da audiência de custódia seria ilegal, mesmo que o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido esse direito como norma supralegal.

¹⁰⁹ BRASIL. **Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 344.989 – Proc. 0314333-02.2015.3.00.0000. Impetrante: Angelo Maximo Macedo da Conceição. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DJ 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=344.989&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>> . Acesso em: 03 mar. 2017.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca, relator no STJ, concluiu que “A não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal”, ainda afirma que a necessidade de realização da audiência de custódia é uma questão ainda embrionária em nosso país.

Segundo Aury Lopes e Caio Paiva, o argumento da legalidade é equivocado e não merece prosperar por dois motivos, primeiro porque as normas de Tratados de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata, e em segundo, porque não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na CADH restar protegidos, pois o objetivo da Convenção Americana é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer¹¹¹.

Além disso, existem outras vantagens com a regulamentação da audiência de custódia no Brasil, a principal seria a dura tarefa de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Também, confia-se à audiência de custódia a importante missão de talvez reduzir o encarceramento em massa do país, que será mais bem analisado a continuação¹¹².

Portanto, considera-se superada a discussão no que diz respeito a questão da falta de previsão legal como justificante para a não aplicação da audiência de custódia no Brasil, uma vez que o STF no julgamento da ADIN 5240, fomenta a realização das audiências de custódia, previsto no diploma internacional, ratificado pelo Brasil.

Contudo, além da cultura punitiva e do aspecto legal, ainda perdura outros desafios que a audiência de custódia precisa afrontar, e que serão analisados a seguir.

3.3.3 Implementação frente ao Processo Penal Brasileiro

Luciano Rostirolla, no que se refere aos aspectos da implantação da audiência de custódia e os seus reflexos no processo penal brasileiro, afirma que tal instrumento

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014, p.470.

¹¹² *Ibidem*, p.467.

seria a primeira audiência do processo, ocorrendo antes do início da ação penal, sendo uma instrução penal por via administrativa, a rigor, seria a primeira etapa, contrariando assim, as normas e princípios do direito e ainda reduzindo a importância do inquérito policial¹¹³. Contudo, o termo técnico seria persecução, envolvendo assim, corretamente, a fase pré-processual e não a processual.

Contudo, tal argumentação não merece prosperar, uma vez que nesta fase a audiência de custódia tratará apenas sobre critérios objetivos, observando exclusivamente sobre a legalidade da prisão, dos direitos dos presos e eventuais maus tratos e torturas sofridos.

Além do que, conforme a PLS 554/2011, em trâmite no Senado Federal, prevê de forma expressa, com a modificação do art. 306 do Código de Processo Penal que a oitiva feita em audiência de custódia não poderá ser utilizada como meio de prova:

Art. 306. [...] § 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

A audiência de custódia é essencial para a proteção da liberdade individual, outorgando consequentemente proteção a outros direitos essenciais, como por exemplo, a vida e a integridade física.

Neste ponto, a prevenção da ocorrência de tortura ou maus tratos por parte dos policiais em relação ao acusado é justamente um dos pontos cruciais para a sua implantação.

Há quem defenda que a violência sofrida pelo preso é uma realidade, mas que já é combatida veementemente pelas corregedorias das polícias, pelo Judiciário, Ministério Público, Advogados, Defensoria Pública, OAB, Poder Executivo e sociedade civil organizada, onde na hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, não solucionaria a questão da violência, uma vez que o acusado voltaria para o cárcere exposto a sofrer tortura ou maus tratos¹¹⁴.

¹¹³ ROSTIROLLA, Luciano. Aspectos Práticos e Jurídicos das Audiências de Custódia no Processo Penal Brasileiro. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de; VIVEIROS, Estefânia (Coords.). **Efetivação da Tutela Jurisdicional e Técnicas Processuais**. 1.ed. São Paulo: PerSe, 2016, p.348.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.331.

Partindo da compreensão de que o Direito Penal tem como princípio teórico a busca pela proteção dos bens jurídicos mais relevantes, mas que também passa por uma fragilidade institucional quando não consegue manter minimamente a observância dos direitos fundamentais ao indivíduo em sua particularidade, como a liberdade e dignidade humana, destaca-se a ideia de que nem sempre a inobservância dos direitos fundamentais ocorre de forma indiscriminada ou sem uma concepção anterior que tenta justificar a prática seletiva na violação de tais direitos.

Neste contexto, se faz importante a análise do sistema prisional brasileiro e de como o Direito Penal, incluindo seus institutos pré-processuais e processuais, é a ferramenta de legitimação discursiva da perpetuação do ciclo e violência que atinge principalmente grupos periféricos e com baixa escolaridade, cujos direitos são rotineiramente violados nas relações sociais¹¹⁵.

Não é preciso muito esforço pra contatar que as abordagens policiais com a classe suburbana com certeza não é sequer parecida com as que são realizadas eventualmente nos nichos frequentados pela classe média do país, bem como que as tentativas de inibir tal seleção não estão gerando resultados significativos.

Ocorre que a suspeita está para polícia como o medo está para a população, e nos dois casos, a direção do foco não é aleatório. A seleção do sujeito considerado como suspeito está orientada pelo preconceito contra o jovem, de sexo masculino ainda pelo estigma aplicados aos pobres, e pelo racismo contra o negro. Assim, não por acaso, o censo penitenciário nacional é o retrato de uma distribuição perversa de cor, idade, gênero e classe social¹¹⁶.

Dentro da lógica precípua de proteção dos bens jurídicos mais relevantes que o direito penal se propõe a salvaguardar, é observada de forma clara a existência de um direcionamento, seja no âmbito legislativo ou na aplicação das leis dentro do sistema penal, incluindo neste ponto as abordagens policiais e a contribuição do judiciário¹¹⁷, com a imputação diferenciada a certos grupos, mais precisamente da raça negra.

¹¹⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Feminicídio: o equivoco do pretense Direito Penal emancipador**. **Boletim IBCCRIM**, nº 270, São Paulo, maio 2015, p.3 *et seq.*

¹¹⁶ RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento Suspeito abordagem policial e discriminação na cidade do Rio**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p.11.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário**. Disponível em:

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado em 2014, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas, sendo a primeira vez que o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil.

Ainda, segundo o levantamento do INFOPEN, entre 2000 e 2014 a população carcerária brasileira cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um aumento de 161%, valor surpreendente que chega a ser dez vezes maior que o crescimento total da população brasileira, que apresentou, no mesmo período, um aumento de apenas 16%, uma média de 1,1% ao ano¹¹⁸.

Dessa forma, se a população prisional continuar na crescente que se encontra, segundo o INFOPEN, será alcançado, em pouco tempo, números absurdos de pessoas em situação de privação de liberdade:

Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade. Cabe destacar que, no ano 2000, 25% da população privada de liberdade encontrava-se custodiada em carceragens de delegacia ou estabelecimentos similares, administrados pelos órgãos de Segurança Pública¹¹⁹.

A maioria desta população é composta por homens jovens, até 29 anos, negros, mais de 65% do total, com ensino fundamental incompleto, acusados em sua maior parte por crimes patrimoniais¹²⁰. Os números apresentados representam o que é denominado como cultura do encarceramento.

Segundo Carlo Masi, “A ideia de que a prisão seria a melhor, se não a única, alternativa para “combater” crimes de natureza “grave” e evitar sua reiteração nunca deixou de permear a atuação dos juízes criminais em geral”¹²¹.

No tocante a contribuição do poder judiciário para o encarceramento, Salo de Carvalho, analisa de forma empírica através da análise de casos, a decisiva contribuição do poder judiciário para encarceramento seletivo da juventude negra

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_br_asileira_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

¹¹⁸ BRASIL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 21 nov. de 2016.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 104, out. 2015, p.112.

brasileira, contudo, não desconsidera que, em razão da matéria envolver o sistema punitivo, existem inúmeras variáveis, muitas vezes conflitantes, que podem atuar como aparelhos facilitadores da seletividade racista, sobretudo no cruzamento das vulnerabilidades sociais com as econômicas¹²².

De toda sorte, não pode o juiz permanecer estranho às condições pessoais do preso que revele a desnecessidade concreta de sua segregação.

Depreende-se do quanto explicitado que a introdução da audiência de custódia, está diretamente ligada a necessidade de efetivação dos direitos humanos previstos, anteriormente, nos diplomas internacionais, desempenhando importante papel na efetividade de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, como a liberdade e a dignidade humana, desafiando a atual conjuntura do Direito Penal e Processual Penal.

O enfoque do estudo é a regulamentação da audiência de custódia no Brasil, em virtude da necessária efetivação prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário desde 1992. Posteriormente, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 5240, dando improcedência a ação, que questionava provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado que trata do procedimento, firmando, ao final o entendimento de validade da audiência de custódia, legitimado por diploma supralegal. Desta forma, alcançará as questões acerca das dificuldades de implementação de tal instrumento no Brasil, dentre outras, a cultura do encarceramento.

¹²² CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_brasil_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

4 CRIMINOLOGIA E A SELETIVIDADE PENAL

Criminologia, em síntese apertada, é a ciência que tem por objeto o crime e seus conseqüências, inicialmente, procura-se neste capítulo, a conceituação da Criminologia e sua função para o Direito Penal. Em seguida, abordar as escolas criminológicas, seus principais pensadores, tratando ainda da contribuição do estudo da Criminologia crítica e da seletividade penal e, logo mais, tratar mais especificadamente da seletividade racial, aproximando-se dos discursos legitimadores e deslegitimadores da sua abordagem.

4.1 CRIMINOLOGIA

O termo “Criminologia deriva do latim *crimen* (crime, delito) e do grego *logo* (tratado)” e, segundo José Flávio Braga Nascimento¹²³, define-se como “ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa da circunstância da esfera humana e social, relacionadas com o surgimento, a comissão ou omissão do crime, assim como o tratamento dos violadores da lei”.

Antonio García-Pablos de Molina¹²⁴ traz um conceito para criminologia:

Cabe definir criminologia como ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo; e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis do crime – contemplado este como problema individual e como problema social - , assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delincente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.

Nas lições de Newton e Valter Fernandes¹²⁵, a criminologia não se incumbe apenas com o crime em si, mas também como conhecimento do agente infrator, sendo uma ciência causal-explicativa, montando esquemas de combate à criminalidade, além de

¹²³ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 5.

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablo. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo, 2008, p. 32.

¹²⁵ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-28.

desenvolver meios de prevenção e desenvolvimento de empenhos terapêuticos para cuidar dos delinquentes, a fim de evitar a reincidência dos mesmos.

Criminologia deve ser entendida, segundo Nucci, como ciência direcionada ao estudo do crime como fenômeno social e do criminoso, constituindo este o agente do ato ilícito, em uma perspectiva ampla e aberta, não se atendo à mera análise simplória da norma penal e seus efeitos, mas, também, aos motivos que levam o sujeito à delinquência¹²⁶.

Nas palavras de Cristiano Menezes¹²⁷ a Criminologia seria um conjunto de conhecimentos que pesquisam o fenômeno e as causas da criminalidade, observando a personalidade do delinquente e a conduta delituosa realizada, bem como as possíveis maneiras de ressocializá-lo.

Diante de determinados conceitos, a criminologia é, portanto, ciência que aborda os aspectos da criminalidade tratando do delito, do delinquente, da vítima e do controle social como pontos cardeais para seu estudo. Como elenca José Flávio Braga Nascimento¹²⁸, a função do criminólogo não se limita apenas no estudo da delinquência, mas também, além da coleta de dados, no assessoramento de organismos locais, regionais e nacionais, no desenvolvimento de políticas preventivas, atenção permanente aos menores, exercer atividade investigativa, aconselhar instituições, vigiar a lei sobre a liberdade condicional ou vigiada, não excluindo outras funções, que possam dizer qual deverá ser o desempenho de um profissional criminólogo.

Assim, seria possível compreender cientificamente a problemática criminal, a junção de conhecimentos científicos adquiridos por meio de técnicas de investigação decorrentes de análises empíricas relacionadas ao crime, ao criminoso, à vítima e ao controle social, desponta como função da criminologia¹²⁹.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 5.

¹²⁷ MENEZES, Cristiano. **Noções de Criminologia**. Disponível em: <<http://www.doraci.com.br/files/criminologia.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2017.

¹²⁸ NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 203.

¹²⁹ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

Desta forma, Nestor Sampaio¹³⁰, conclui que a pesquisa criminológica científica, tem como função estruturar um diagnóstico qualificado e conjunto sobre o delito, não sendo uma ciência exata, mas que seja possivelmente capaz de estabelecer regras precisas e indiscutíveis sobre causas e efeitos do ilícito criminal, assim sendo, ao usar dados empíricos de maneira criteriosa, acaba por afastar a possibilidade do emprego da subjetividade ou da intuição.

O estudo da criminologia teve seu cerne inicialmente voltado para o crime, lado outro, distinta questão passou a chamar atenção dos cientistas criminais, qual seja, o criminoso, surgindo assim, teorias que visam desvendar características, causas e condições, que pudessem distinguir um sujeito delinquente de um não criminoso, voltando o objeto também para a tentativa de descoberta de algum padrão ou algo em comum entre infratores, o que muito tem a ver com a tentativa de prevenir e/ou evitar o fato delituoso.

4.1.1 Teoria etiológica ou tradicional

A Escola Positivista, dentro da evolução da ciência criminológica é umas das mais importantes nesse processo. Utilizando os métodos da observação e da análise científica, os positivistas estavam preocupados com a defesa da sociedade contra as ações do delinquente, tendo como prioridade os interesses sociais em detrimento dos individuais.

A referida escola antropológica baseou-se no determinismo psicológico, não aceitando o livre arbítrio, expungindo a responsabilidade moral dos indivíduos¹³¹.

Nesta linha, a reação natural da sociedade contra as atitudes anômalas de seus integrantes seria a pena. Assim, utilizando-se de métodos de observação e da análise científica, os positivistas ansiaram materializar características que regulariam

¹³⁰ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 9.

¹³¹ NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 39.

o comportamento criminoso, no qual através delas, poderíamos simular futuras hipóteses¹³².

Entretanto, a cientificidade do método positivista é questionável. A criminologia da reação social tem suas críticas a isso. A questão é que os positivistas seguiam uma concepção muito estreita de ciência, que tem as ciências naturais por paradigma, e ainda assim com vários problemas de premissa e de metodologia.

Nesta linha, Leonardo Dallacqua de Carvalho¹³³, expõe que quando há uma quebra dos antigos paradigmas, a ciência tende a desconsiderar tal corrente em seu rigor, em razão de nova interpretação científica. Neste momento, em alguns casos, observasse uma distorção drástica da percepção que o cientista possui do passado de sua disciplina. Assim, tal distorção drástica, “colabora para visualizarmos como as práticas da escola de criminologia italiana caíram em descrédito com a substituição dos paradigmas na posteridade”. Porém, para os historiadores, por exemplo, além da interpretação, as rupturas e permanências de um modelo representa um contexto científico e social, pertinente para análise e compreensão.

Ainda, segundo Cezar Roberto Bitencourt¹³⁴, a Escola Positivista apresenta três fases, com posicionamentos distintos, sempre predominando em cada uma determinado aspecto. São elas: a fase antropológica, a fase sociológica e a fase jurídica.

A fase antropológica tem como expoente Cesare Lombroso, que foi o fundador da Escola Positivista Biológica. Sua ideia básica partia da existência de um criminoso nato, um conceito sobre o criminoso atávico, onde as anomalias estabeleceriam um tipo antropológico específico¹³⁵.

As investigações do estudioso, concluíram que a constituição física do delinquente, com suas particularidades, identificava-o.

Ao final, em suas últimas pesquisas, Lombroso reconhece que o crime como consequência de múltiplas causas, assim como ocorre em qualquer fenômeno

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

¹³³ CARVALHO, Leonardo Dallacqua de. Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista Italiana no século XIX . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.116, n.23, p.427-448. set.- out./2015, p.443.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2016, p. 104.

¹³⁵ *Ibidem, loc. cit.*

humano, não podendo atribuir-se causa única, podendo ser convergentes ou independentes¹³⁶.

Mesmo com o insucesso de sua teoria, Cesare Lombroso, foi um dos precursores no estudo da tipologia dos criminosos e teve total mérito na fundação da Antropologia Criminal, debruçando-se no estudo antropológico do criminoso, na tentativa de desmistificá-lo, buscando uma explicação causal do comportamento dos delinquentes¹³⁷.

Segundo expõe Flávio Barros¹³⁸, o criminoso, na visão de Lombroso, seria um homem com características primitivas, uma subespécie do homem. Em seus experimentos, realizando a comparação de crânios, por exemplo, o criminoso nato teria o crânio similar a de alguns animais vertebrais tidos como inferiores, ainda, descreve o olhar dos assaltantes natos, como sendo, errante, oblíquo, diferentemente dos homicidas natos que seria vítreo e imóvel.

Assim, na concepção de Lombroso, o criminoso poderia ser percebido através de uma serie de estigmas físicos, como por exemplo, tamanho das orelhas, dentição irregular, características sexuais invertidas, tatuagens, assimetria do rosto, identificável ainda, por sinais de degeneração, revelados desde a infância, através do ciúme, do desejo de destruição, da maldade com animais, e outros¹³⁹.

Contudo, apesar do fracasso de sua teoria, uma das mais importantes contribuições das pesquisas de Lombroso, foi a iniciativa para o estudo da Sociologia Criminal, provocando posteriormente diferentes reflexões sobre as causas do delito, trazendo para a ciência criminal o método indutivo-experimental na observação do delinquente¹⁴⁰.

Avançando, entende-se como expoente da fase sociológica da Escola Positivista o Enrico Ferri, outro estudioso do comportamento do criminoso, de suma importância no que se refere a Criminologia.

Enrico Ferri, segundo Newton Fernandez e Valter Fernandez, seria o responsável pela consolidação do nascimento definitivo da Sociologia Criminal, provocando

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

¹³⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito penal, vol. 1**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.47.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2016, p. 105.

¹⁴⁰ *Ibidem, loc. cit.*

discussões sobre o livre arbítrio e o determinismo no que se refere às ações consideradas delinquentes, salientando o trinômio causal do delito, composto por fatores antropológicos, sociais e físicos¹⁴¹.

Sua teoria é sustentada na inexistência de livre-arbítrio, ou seja, “a pena não seria imposta pela simples capacidade de autodeterminação da pessoa, mas pelo fato de ser um membro da sociedade”¹⁴².

Mesmo sendo um discípulo de Lombroso, Ferri assume, priorizando a defesa social, uma posição distinta em relação à recuperação do criminoso, dando relevo não só aos fatores biológicos, mas também aos mesológicos ou sociológicos. O cientista acreditava que os delinquentes, em sua maioria, eram readaptáveis¹⁴³.

Merece destaque nos estudos de Ferri, a tese sobre a Teoria da Imputabilidade e a Negação do Livre Arbítrio. Segundo o cientista, a liberdade da vontade psíquica do homem não deve ser aceita como determinante na conduta delitiva. Defende a tese de responsabilidade social em substituição à responsabilidade pessoal, afirmado “ao invés do Código Penal, deveria haver apenas um código de defesa social, com fundamento na periculosidade do infrator”¹⁴⁴.

Ferri estabeleceu ainda, a lei da saturação criminal, pois da mesma forma que um líquido determinado, submetido a um calor preestabelecido, diluirá certa quantidade de substância, em determinadas condições sociais específicas produzir-se-á um determinado número de delitos, nenhum mais nenhum menos¹⁴⁵.

Entretanto, apesar do predomínio da ideia de defesa social na Escola Positiva, a inquietação com a ressocialização do criminoso, começa a preocupar os estudiosos da Escola.

Cezar Bitencourt¹⁴⁶ aduz que, “a finalidade reeducativa da pena define-se claramente a partir da Escola Positiva”. Ou seja, o Direito Penal compreendido como demonstração da exigência social e como aplicação jurídica das informações

¹⁴¹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

¹⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Op. cit.*, 2002, p. 91.

¹⁴⁵ NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 41.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116-117.

extraídas pela Antropologia, Sociologia, Psicologia Criminal e Criminologia, está última considerada a espinha dorsal da corrente positivista.

A fase jurídica, como ocorre com as demais fases da Escola Positiva, teve um como referência um cientista, neste caso, Rafael Garofalo faz *jus* a esta representação.

Em sua obra *Criminologia*, publicada em 1885, é considerado o jurista da primeira fase da Escola Positiva, deixando transparecer em sua obra a influência de Darwin e Herbert Spencer. Em verdade, as contribuições de Garofalo despertavam certa dúvida quanto à readaptação do delinquente, não sendo tão expressivas como os estudos de Lombroso e Ferri. O ceticismo do autor é percebido em seu posicionamento radical em favor da pena de morte¹⁴⁷.

O estudioso, na verdade, conseguiu sistematizar a aplicação antropológica e sociológica no Direito Penal, para Garofalo o criminoso seria um portador de anomalia psíquica, moral, não aceitando a anomalia atávica apresentada por Lombroso, onde a punição do delinquente deve ser dosada por sua periculosidade¹⁴⁸.

Garofalo, baseado na máxima da seleção natural do darwinismo, trazendo sua aplicabilidade para o processo social, indica como solução a pena de morte para os indivíduos que não apresentassem absoluta capacidade de adaptação, ou seja, os criminosos natos. Assim, denominado darwinismo social¹⁴⁹.

Sua principal preocupação não era a recuperação e readaptação do delinquente, e sim a incapacitação, sem objetivo ressocializador, eliminando o criminoso, enfatizando a defesa social como objetivo fundamental, o que talvez justifique seu desinteresse pela ressocialização do delinquente. Contudo, uma importante contribuição de Garofalo foi a insistência na necessidade de individualização da pena¹⁵⁰.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

¹⁴⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, vol. 1**. 11 ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 48.

¹⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2016, p. 116.

¹⁵⁰ *ibidem, loc cit.*

Flávio Augusto Monteiro de Barros¹⁵¹ destaca os principais postulados da Escola Positiva no que diz respeito ao Direito Penal, sendo eles:

- a) A responsabilidade penal é fundamentada em fatores biológicos do delinquente, bem como nos resultantes de seu meio físico e social.
- b) A razão de ser da pena é a defesa social, objetivando a recuperação do delinquente ou a sua neutralização, nos casos irrecuperáveis. Assim, a pena não tem por fim a tutela jurídica, razão pela qual não precisa haver correspondência entre ela e o crime. Para os positivistas, a pena pode ser aplicada antes da prática do crime na hipótese de o agente revelar periculosidade.
- c) O crime é fenômeno natural e social, isto é, um fato humano influenciado por fatores individuais, físicos e morais. O delito é um fato humano oriundo de fatores endógenos e exógenos, e deve ser estudado sobretudo à luz da criminologia. Os positivistas impugnam a ideia de que o crime é um ente jurídico.
- d) Prevalência do método experimental, também chamado positivo ou indutivo, na explicação das causas do delito. Assim, o crime e o criminoso devem ser observados e expostos à análise experimental como fenômenos naturais.

Entretanto, as correntes positivistas declinaram principalmente em razão da visão formalista e causal explicativa do Direito Penal, com a pretensão de fundamentar e legitimar o sistema penal a partir do método indutivo. A utilização de métodos experimentais como a física, biologia, antropologia, não obtiveram o resultado almejado, uma vez que essa metodologia é inaplicável em algo tão circunstancial como a norma jurídica¹⁵².

Tal consciência levou à conclusão de que a atividade não era científica, considerando assim, a substituição do delito como cerne, surgindo em resposta, a sociologia ou antropologia do delinquente, nascendo a Criminologia como ciência independentemente da dogmática jurídica¹⁵³.

¹⁵¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro. **Direito penal**, vol. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-50.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, 2016, p. 123-124.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 124.

4.1.2 Criminologia crítica

A Escola Positiva Penal manteve a preocupação para a pessoa do criminoso, suas indagações direcionaram-se para o “seu comportamento, seus aspectos biopsíquicosociais, sua integração coletiva e seu passado hereditário”¹⁵⁴. Assim, transfere-se o centro do crime para a pessoa do criminoso, diferentemente da Escola Penal Clássica, que sempre teve o crime como preocupação exclusiva.

A criminologia crítica avançou mais uma vez no estudo do crime e suas variantes sociais, debruça-se sobre a funcionalidade do Código Penal, não se limitando apenas a aspectos legais-positivistas.

Nesta linha, Nilo Batista¹⁵⁵ descreve que a Criminologia Dialética ou Crítica, diferentemente da Criminologia Tradicional, “não aceita, qual a priori inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: contra quem e em favor de quem) se elaborou este código e não outro”. Assim, o objeto acaba por ser a desempenho prático do sistema penal, se comparado com outras medidas formais de controle social.

Cabe-lhe a tarefa de verificar a efetividade do sistema penal no contexto de uma sociedade de classes historicamente determinada. Nesse sentido, aduzem Newton Fernandes e Valter Fernandes¹⁵⁶ acerca da análise da criminologia crítica:

Desse modo, à luz da criminologia Dialética ou Crítica, o Direito Penal seria um dos instrumentos de controle social, selecionando e diferenciando facciosamente os bens e interesses jurídicos a serem tutelados por via da incriminação das condutas desviantes que os ataquem ou coloquem em perigo. Assim, o processo de criminalização seria escancaradamente elitista, incriminando preferencialmente condutas típicas das classes sociais baixas e privilegiando ou contemporizando, por outro lado, os comportamentos das classes mais elevadas.

Assim, conforme descreve Nilo Batista, a Criminologia Crítica deve buscar dentro dos discursos penais, as funções ideológicas de igualdade e neutralidade desmentidas pela prática, objetivando “fazer aparecer o invisível”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 557.

¹⁵⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 32

¹⁵⁶ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Op. cit.*, 2002, p. 559.

Nesta linha, tomando como base o direcionamento do estudo da Criminologia Crítica, José Flávio Braga Nascimento¹⁵⁸, elenca quatro princípios da criminologia crítica: 1) o estudo da criminalidade deve basear-se em uma ideologia marxista, essência do conflitualismo; 2) devemos, no lugar de buscarmos as causas, ter como cerne de estudo a origem, a aplicação e a execução do processo de criminalização; 3) em lugar das orientações preventivas e repressivas deve-se buscar a política criminal alternativa, com conseqüente mudança no sistema político-econômico e; 4) a lei penal precisa ser analisada numa perspectiva macro-sociopolítica, e não de maneira isolada.

Desta forma, Alessandro Baratta¹⁵⁹, aduz que a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados indivíduos e seus comportamentos.

Na concepção da Criminologia crítica a criminalidade desponta a partir de uma classificação conferida a determinados sujeitos, formulando assim, uma dupla seleção. A primeira, de bens protegidos através da tipificação penal, a segunda, na seleção dos indivíduos estigmatizados/estereotipados, dentro do todo de indivíduos infratores da norma penal. Assim, a criminalidade é, segundo esta perspectiva, um “bem negativo” com distribuição desigual, repartida conforme a hierarquia dos interesses sociais, econômicos, sem deixar de lado a observância da desigualdade social entre os indivíduos¹⁶⁰.

4.1.2.1 Teoria do etiquetamento

Para esta teoria o crime e a delinquência não são fenômenos ontológicos. Assim, com base na Criminologia crítica surge a teoria do Etiquetamento ou Labeling Approach. Seu principal foco é demonstrar que a incriminação não obedece a critérios objetivos, livres de variantes particulares, mais sim “de critérios de grupos parciais, discriminadores e dirigidos contra quem está longe do êxito, do dinheiro e do poder”,

¹⁵⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 32-33.

¹⁵⁸ NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 74.

¹⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, 3 Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 161.

¹⁶⁰ *Ibidem, loc. cit.*

qualificando o delinquente de forma interessada, baseada em discricção criminalizante posta de forma unilateral por quem tem o poder de decisão¹⁶¹.

Nesta linha, Alessandro Baratta¹⁶², aduz a preocupação da teoria da reação social ou *labeling approach* na discussão no campo da sociologia criminal:

Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juizes.

Juarez Cirino aduz que o *labeling approach*, não é uma teoria criminológica, mas sim um novo paradigma, também conhecido como interacionismo simbólico, em razão da presença de antecedentes sociológicos e fenomenológicos, existindo um deslocamento do objeto de estudo da criminalidade para a criminalização, entendendo o comportamento do criminoso como uma realidade social construída pelo sistema de justiça criminal e não como característica de um sujeito portador de uma qualidade intrínseca (criminoso nato). Assim, o criminoso é aquele sujeito qualificado como tal, a quem se aplicou com sucesso o rótulo de criminoso¹⁶³.

Earl Rubington e Martin Weiberg citado por Juarez Cirino¹⁶⁴, afirmam que o *labeling approach* trabalha com um método processual-interacionista:

Assim, se o crime e o criminoso são realidades sociais construídas por mecanismos de interação social, ao nível de definição legal de condutas como crimes (Poder Legislativo) e ao nível de constituição judicial de sujeitos como criminosos (Justiça criminal), então o Estado cria o crime e produz o criminoso; além disso, se a criminalização inicial produz a autoimagem de criminoso e a criminalização posterior é efeito da anterior, então o Estado também reproduz a criminalidade, sob forma de reincidência criminal.

¹⁶¹ NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 73-74.

¹⁶² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, 3 Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 86.

¹⁶³ SANTOS, Juarez Cirino. Os discursos sobre crime e criminalidade. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. (Coords.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto**. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p.356-357.

¹⁶⁴ RUBINGTON, Earl; WEIBERG, Martin de *apud* SANTOS, Juarez Cirino. Os discursos sobre crime e criminalidade. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. (Coords.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto**. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, p. 357.

A realidade precisa, antes de qualquer coisa, ser compreendida criticamente em sua construção. Prova disto é este novo paradigma, tido como uma revolução científica no que se refere a teoria criminológica, observando a influência das agências de controle social na qualificação de condutas e aplicação de sanções, bem como na definição de criminoso dada por estas aos sujeitos rotulados como delinquentes¹⁶⁵.

4.2 SELETIVIDADE PENAL

Conforme pode ser observado, sempre se buscou um fundamento para punir os indivíduos. Os estudos da Criminologia direcionaram-se não apenas na legitimação do poder do Estado em punir, mas também na busca de quem deve ser punido.

Basta uma análise, sem muito esforço de pensamento, para identificar que nem todos os delitos cometidos são alcançados pelo Direito Penal. Até aqui percebemos através da evolução histórica na identificação do homem criminoso que muitas das teorias associam como sujeitos criminosos os miseráveis sociais, que pelas mais variadas razões, carregam uma herança histórica de marginalização e exclusão socioeconômica fomentada pela classe econômica dominante, sendo, portanto, os principais alvos da seletividade penal.

Neste contexto, podemos destacar uma das vertentes da Criminologia Crítica, qual seja, a Criminologia Radical, que baseada na doutrina marxista, entende a existência do crime como derivante “da luta de classes, da situação de miserabilidade social que se impõe a alguns em detrimento de uma maioria”, tecendo duras críticas a organização da sociedade capitalista¹⁶⁶.

Neste diapasão, Eugênio Zaffaroni¹⁶⁷ expõe que a seleção criminalizante é uma tendência que existe há décadas, exercida de acordo com estereótipos, incidindo sobre a criminalidade grosseira praticada por pessoas de classes tidas como subalternas, em posição de carência “de treinamento para condutas mais

¹⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino. Criminologia e/ Política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 110.

¹⁶⁶ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Luiz (Organ.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Barcelar**. Salvador: Editora ESA/BA, 2014, p. 343.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Tradução Fernanda Freixinho; Daniel Raizman. In Revista discurso sediciosos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 12.

sofisticadas”. Tal afirmação conduz a conclusão de que a grande parte dos criminalizados não seriam considerados delinquentes apenas em razão do ato ilícito cometido, mas também pela “forma grosseira” que o realiza, somando-se ao fato as características estereotípicas do infrator, que o coloca sob a mira do sistema penal.

Todavia, cumpre salientar, conforme expõe Thais Bandeira¹⁶⁸, que a criminalidade econômica surge para desmistificar o ideal buscado de rotulação dos criminosos baseado em fatores socioeconômicos, culturais e de miserabilidade. O criminoso de “colarinho branco” faz surgir uma nova vertente afastando os antigos paradigmas biológicos, antropométricos. A crença nestes paradigmas como única hipótese levaria a um determinismo quase darwiniano acerca do criminoso, que não merece guarida no Direito Penal.

Contudo, importante frisar, que a incriminação deste novo tipo de criminalidade intitulado “colarinho branco”, não afasta a seletividade criminalizadora. A formulação técnica dos tipos penais seleciona seus alvos. Os delitos são mais severamente punidos quando são realizados pelos indivíduos das classes sociais tidas como inferiores ou vulneráveis¹⁶⁹.

A depender do bem jurídico tutelado o legislador ao criar as leis e suas respectivas penas, sabe previamente quem irá atingir. Daí a necessidade do debate sobre seletividade penal “onde são criadas zonas de imunidade, nas quais a participação certamente dependerá da sua classe social”¹⁷⁰.

Nas palavras de Zaffaroni¹⁷¹, a seletividade penal acontece em duas etapas distintas, quais sejam, criminalização primária e secundária. A primária ocorre no ato de sancionar a lei penal material, incriminando ou permitindo a punição dos sujeitos. Enquanto que a criminalização secundária decorre da ação punitiva que exercida sobre pessoas em concreto, por exemplo, quando as agências policiais detectam determinada pessoa supostamente autora de ato criminoso.

¹⁶⁸ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Luiz (Organ.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Barcelar**. Salvador: Editora ESA/BA, 2014, p. 345.

¹⁶⁹ SANTANA, Carolina. O Neolombrosionismo como tendência da Neurociência no Direito Penal. In: PORTUGAL, Daniela (Organ.). **Direito Penal e as Descobertas Neurocientíficas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 22.

¹⁷⁰ *Ibidem*, loc. cit..

¹⁷¹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume I – Teoria Geral do Direito Penal**. 2001. 4ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43 et seq.

Nesse sentido, Alessandro Baratta¹⁷² expõe críticas no tocante a criminalização secundária:

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Tem sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la.

Em suma, tendo essa noção em mente, demonstra-se que o sistema penal acaba exercendo uma seleção de ações e pessoas, criminalizando determinadas pessoas considerando sua classe e posição social. Desta forma, se torna claramente perceptível a diferença no tratamento dado a criminalidade nas classes sociais abastardas e nas detentoras do comando econômico e político.

4.2.1 Seletividade racial

Entendido o questionamento voltado para além do porquê punir e quem punir, existe um avanço também no estudo das motivações acerca dessa escolha punitiva. Neste contexto, podemos destacar uma vertente de pesquisa, qual seja, a existência de uma possível seletividade racial do sistema penal.

Importante frisar, que a tentativa de estabelecer uma definição do que é raça não é o objeto cerne do trabalho, vez que o tentame seria imprudente, diante da complexidade que o tema tem, principalmente, quando se percebe o processo de construção e transformação social que desembocam nas diversas acepções que o termo possui na Modernidade.

Segundo Carlos Moore, desde seu início, na Antiguidade, o racismo sempre foi uma realidade social e cultural pautada exclusivamente no fenótipo (características observáveis ou caracteres de um organismo ou população), antes mesmo de ser um fenômeno político e econômico com bases biológicas. O fenótipo é um elemento objetivo, ou seja, não se presta à negação ou à confusão. Assim, serve de linha de

¹⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, 3 Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 176- 177.

demarcação entre os grupos raciais e como ponto de referência em torno do qual se organizam discriminações raciais¹⁷³.

Ainda, afirma que negar a existência da raça é um absurdo, ao qual somente se pode chegar por meio de uma postura a-histórica. Assim sendo, é preciso executar uma espécie de reorientação epistemológica, nos levando ao exame da problemática do racismo muito além do horizonte estreito dos últimos quinhentos anos de hegemonia europeia sobre o mundo¹⁷⁴.

Carlos Moore debruça-se sobre a problemática da gênese histórica do racismo, questionando a relação que se tenta estabelecer hoje entre o racismo e a Modernidade ocidental por causa da noção de raça, que teria sido a sustentação científica às raízes do racismo. Em síntese, defende a tese de que o racismo não se estrutura em torno do conceito biológico de raça, nem a partir da escravização dos africanos, mas sim a partir de um dado universal inegável, o fenótipo¹⁷⁵.

Logo, cumpre salientar que a terminologia raça possui diversas acepções com complexas definições, a adotada pelo presente trabalho diz respeito a um sentido sociológico da acepção e não biológico, para ser mais preciso, corresponde uma identificação ocular ou padrão de reconhecimento social fenotípico do indivíduo como pertencente de uma raça.

Feito isto, percebe-se que dentro da pesquisa fomentada pela Criminologia crítica existem algumas variantes que merecem ser discutidas, é o que será feito com o levantamento de discursos que legitimam ou não a existência de uma aplicação desigual da norma, para determinado grupo racial, dentro do sistema penal.

4.2.1.1 Discursos legitimadores e deslegitimadores

A mudança sem rupturas, sob a forma de abolição lenta e gradual do processo de desescravização brasileira, refletiu, no plano legislativo em uma série de medidas

¹⁷³ MOORE, Carlos. **Racismo & Sociedade. Novas bases epistemológicas para a compreensão do racismo na história.** Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxwcm9mZXNzb3JzaWx2aW9mYW1ldHJvfGd4OjMwYmI5OTM0ZTQ2ZWewNWQ>> . Acesso em: 25 abr. de 2017.

¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹⁷⁵ *Ibidem.*

com eficácias variadas, com avanços e recuos. Denunciam a preocupação estratégica de controle social da massa escrava, objetivando não apenas a preservação da relação de exploração do trabalho negro, “mas também de como esta dependeria, cada vez mais, de medidas que passariam a ser executadas não mais dentro da unidade produtiva, mas sim, fora dela”. Desta forma, o negro cativo passa da posição de negro liberto para vigiado e tutelado¹⁷⁶.

Na sociedade existe um falso interesse em punir todos aqueles sujeitos que cometem crimes, devendo ser julgado, punido e aprisionado pelo sistema punitivo. Em verdade, a seleção de indivíduos que circulam nos espaços públicos com o “figurino social de delinquente” cometendo delitos de pequena ou média gravidade, se torna muito mais fácil para a manutenção do sistema¹⁷⁷.

Por estas razões que, como salienta Thais Bandeira¹⁷⁸, faz-se necessário falar sobre a “cifra oculta ou negra” e sobre o interesse em realmente se punir todo e qualquer indivíduo infrator, vez que apenas parcela dos delitos chegam à esfera de controle da Justiça.

A terminologia “cifra negra” - zona obscura ou dark number - é utilizada para determinar as infrações penais que não são levadas ao conhecimento da Justiça e à porcentagem de crimes não solucionados ou sem punição, daí pode-se perceber que os números de crimes que ocorrem na prática não correspondem aos dados oficiais de seu combate. Tais crimes correspondem àqueles realizados por pessoas das classes vulneráveis, por exemplo, roubos e furtos. No que se refere aos crimes praticados pelas classes privilegiadas, a nomenclatura dada para a mesma situação de crimes não conhecidos ou não apurados passa a ser “cifra dourada” e se alude aos crimes contra o meio ambiente, financeiro, a ordem tributária, entre outros¹⁷⁹.

Neste ponto, também se percebe um tratamento dispare a criminalidade realizada pelos sujeitos, ditos, privilegiados. “Os dados estatísticos e informações distorcidas acabam por criar na sociedade, uma espécie de “senso comum” ou de aceitação,

¹⁷⁶ DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2005, p. 181.

¹⁷⁷ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Luiz (Organ.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Barcelar**. Salvador: Editora ESA/BA, 2014, p. 353.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 348.

¹⁷⁹ *Ibidem*, loc. cit..

identificando a criminalidade como sendo aquela tradicional, excluindo desse rol os crimes econômicos”¹⁸⁰.

O emprego indevido de estereótipos também é hipótese de discriminação e fomenta a criação de um errôneo padrão na identificação do sujeito delinquente, e ocorre quando há uma categorização pela qual significados e associações são atribuídos aos diversos grupos sociais. Estereótipos estatísticos adscvem equivocadamente um indivíduo certa qualidade que se acredita pertinente ao grupo que ele pertence, e expressam uma falsa crença a respeito do grupo, ensejando em atos de discriminação¹⁸¹. Desta forma, pode-se frisar a contribuição que a criminalização secundária tem na discriminação de certos grupos sociais.

Para Zaffaroni¹⁸², a seletividade operacional da criminalização secundária, atinge aqueles que têm baixa defesa perante o poder punitivo porque:

- a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais;
- b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com a qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo.

Nesta linha, ilustrando esses vulneráveis com a realidade dos cidadãos brasileiros, observados as figuras, por exemplo: a) do negro, de baixa renda, morador da periferia que, em razão do estereotipo concebido, sempre foi dito como indivíduo criminoso. b) do homem branco, de classe média/alta praticante de crime grotesco, por exemplo, um homicídio ou estupro. c) a punição de políticos menos poderosos que são “castigados” para evitar a punição dos poderosos, por exemplo, a Ação Penal nº 470, conhecida como “mensalão”¹⁸³. No que se refere a esta última ilustração, cumpre salientar, que em tempos de “Lava-Jato”, nome da maior operação investigativa envolvendo corrupção no país, que teve início a partir da suspeita do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis

¹⁸⁰ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Luiz (Organ.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Barcelar**. Salvador: Editora ESA/BA, 2014, p. 349.

¹⁸¹ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas**. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 94.

¹⁸² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume I – Teoria Geral do Direito Penal**. 2001. 4ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

¹⁸³ PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. *Op. cit.*, 2014, p. 353.

para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas, a princípio, pelo menos teoricamente, não poupou ninguém. Ainda há uma desconfiança quanto à seletividade política das investigações, mas, no fundo, os grandes líderes de todos os grandes partidos do país estão sob investigação.

Nas palavras de Evandro Duarte¹⁸⁴, o surgimento do moderno controle do delito na sociedade brasileira, revelados principalmente através da prática legislativa dos séculos XIX e início século XX, bem como sua relação com a Criminologia necessita de uma análise no que se refere as formas de dominação da massa escrava e as modificações com a extinção da escravidão.

Como argumentos principais do processo de criminalização das populações não brancas, destacam-se a coexistência de elementos contraditórios no tocante a igualdade, onde a retórica penal calcada na igualdade convive com normas abertamente desiguais; a preservação também no âmbito processual de uma retórica da igualdade contraditória que garante uma desigualdade real; a falta de regulamentação de “áreas” de atuação do controle social sobre as pessoas não brancas, corroborando mais uma vez com a prática abertamente contrária àquela retórica¹⁸⁵.

Nesta linha, Roger Raupp Rios¹⁸⁶, distingue a discriminação direta da discriminação indireta. A discriminação direta atua mediante o estabelecimento de uma diferenciação com o propósito e intenção de prejudicar, ou seja, independentemente das intenções do instituidor da medida, a diferenciação ocorre, de modo intencional, no momento da execução da medida ou da lei, configurando-se quando há um tratamento desigual, menos favorável, e endereçado ao indivíduo ou ao grupo, motivado por um critério de diferenciação juridicamente proibido. Já a discriminação indireta produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não intencionais diante dos aludidos critérios constitucionais proibitivos de discriminação.

¹⁸⁴ DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2005, p. 174.

¹⁸⁵ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁸⁶ RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas**. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 89.

Contudo, salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, que apesar da crença de que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem escolhidas pela norma como raiz de uma diferenciação, tal posicionamento não é absoluto e insuperável diante do princípio da igualdade, ou seja, qualquer elemento residente nas pessoas pode ser escolhido como fator de discriminação, uma vez que não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico¹⁸⁷.

A discriminação positiva, por exemplo, como assegura Sidney Madrugá¹⁸⁸, não tem apenas o escopo de prevenir a discriminação, uma vez que possui duplo caráter, qual seja, o reparatório, corrigindo atos injustos praticados no passado, e o distributivo, ou seja, a repartição no presente, de oportunidades de forma igualitária, direcionados principalmente para as áreas de educação, saúde e emprego.

Para que se reconheça a questão racial como uma questão relevante em nível nacional, saindo das assertivas “No Brasil não existe Racismo” ou ainda “O Brasil é uma democracia racial” precisa-se entendê-la como uma responsabilidade de todos que lutam por uma sociedade edificada na justiça, igualdade e fraternidade. Faz-se necessário o rompimento do histórico de silêncio de estudiosos, partidos políticos, intelectuais universitários e operadores do Direito¹⁸⁹.

Em conclusão, tais discursos representam a pulsante necessidade de discussão sobre a problemática do controle social e do pensamento criminológico racial, ainda mais no que tange a seleção punitiva mais severa de condutas ou pessoas por razões puramente intrínsecas aos indivíduos, fruto de um “sentimento de inadequação” que a elite intelectual brasileira e as instituições sob o seu poder têm, insistindo em copiar ações estrangeiras que não refletem a realidade local¹⁹⁰.

Lado outro, a violação de direitos fundamentais básicos para o convívio harmônico em sociedade, confirma que a problemática não se acha em encontrar o melhor aparelho de controle social, e sim, no melhor instrumento para efetivação dos

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p.15-16.

¹⁸⁸ MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 59.

¹⁸⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Racismo. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 401.

¹⁹⁰ DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2005, p. 287.

direitos inerentes a todo ser humano, prova disto é a tentativa de efetivação dos tratados internacionais no sistema penal brasileiro, como por exemplo, a regulamentação da audiência de custódia.

Agora o questionamento paira na aplicabilidade material do instituto, sua efetividade prática. Seria então um meio capaz interferir diretamente no problema de superencarceramento do sistema penal? Ainda, tal instituto seria capaz de intervir positivamente no processo de criminalização seletiva do povo não branco? Parte desse percurso será feito no próximo capítulo.

5 A POSSIBILIDADE DA DESCARCARIZAÇÃO RESPONSÁVEL COM A REGULAMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE À SELETIVIDADE RACIAL

Neste capítulo, busca-se, inicialmente, entender a função que, a princípio, a audiência de custódia se propõe. Em outras palavras, o instrumento tem o condão de reduzir o número de decisões que incrementam o hiperencarceramento provisório, utilizando-a como possível medida para uma descarcarização responsável do sistema penal do Brasil. Em seguida, levando em consideração os balanços e estatísticas publicadas pós-implementação da audiência de custódia, bem como a contribuição dos entes primários e secundários no processo de criminalização, debruçar-se-á sobre a problemática que envolve a efetividade de tal instrumento na tentativa de reduzir a população carcerária, ainda mais quando o público selecionado para amargar o cárcere provisoriamente, em sua grande maioria, são os ditos vulneráveis, envolvendo neste ponto, o povo negro.

5.1 DESCARCARIZAÇÃO RESPONSÁVEL(?)

Desde o surgimento da audiência de custódia, apesar de ser algo recém-implementado e até mesmo em razão disso, tem sido ponto de inúmeras discussões, uma vez que trata da limitação de direito inerente e fundamental do ser humano que é a liberdade.

Tal discussão, contudo, não se perfaz somente quanto ao encarceramento, sendo uma problemática que possivelmente alcança, de forma direta, a seletividade no sistema penal exercida na fase pré-processual e processual.

Tendo essa noção em mente, o presente estudo busca alcançar o conceito, limitações e aplicação da audiência de custódia, fazendo relação com seu alcance na descarcarização responsável do sistema prisional. Ainda, conforme exposto até aqui, busca analisar a própria aplicação desse instrumento, assim como o alcance, problemas e divergências que se mostram no caminho para sua efetivação, com enfoque no tocante a seletividade penal racial.

A regulamentação das audiências de custódia, assim, verifica-se como um instituto legítimo no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, para sua aplicação, existem algumas variantes, que obstam o exercício por completo de tal instrumento que poderá talvez, a longo prazo, interferir diretamente e de forma positiva na descarcerização responsável, hipótese que será tratada mais a frente.

Fica, então, entendida como medida essencial, sendo imperativo analisar os fundamentos valorativos pertinentes para sua aplicação, como a cultura punitiva, a necessidade da prisão como resposta social e a contribuição dos operadores do direito, no sentido mais amplo da palavra, englobando os servidores na fase pré-processual e processual.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito que se designa a aplicar e garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, dos direitos humanos e fundamentais é preciso que exista o consenso entre liberdade individual e as exigências de justiça e segurança fomentadas pela sociedade, sendo assim, não adianta toda esta movimentação sem que os operadores jurídicos não saibam manejar de forma adequada este novo recurso¹⁹¹.

O mínimo de dignidade em um sistema penal é o que se espera do Estado, já que o direito de punir é monopólio deste, o direito está em suas mãos, respeitando, evidentemente, as prerrogativas constitucionais e dignidade humana de qualquer sujeito, seja ele acusado ou não, réu ou não, é o que se espera.

Com o escopo de se adequar as normas internacionais e como resposta ao colapso do sistema prisional, surge a audiência de custódia, objetivando contribuir, dentre outras funções com a proteção do acusado da tortura policial, evidenciar o excesso de prazo na prisão, o acautelamento arbitrário e ilegal, bem como a inegável necessidade de alívio do sistema carcerário que encontra-se superlotado e sem objetivo finalístico¹⁹².

¹⁹¹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 104, out. 2015, p.113 *et seq.*

¹⁹² ROSTIROLLA, Luciano. Aspectos Práticos e Jurídicos das Audiências de Custódia no Processo Penal Brasileiro. *In*: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de; VIVEIROS, Estefânia (Coords.). **Efetivação da Tutela Jurisdicional e Técnicas Processuais**. 1.ed. São Paulo: PerSe, 2016, p.359.

5.2 A PRECARIEDADE DA INSTRUÇÃO DOS INQUERITOS POLICIAIS

O envio do auto de prisão e sua análise, não atende o espírito presente no Pacto de San José, mesmo que observe o prazo de 24 horas, especialmente no que se refere a desconsideração da possibilidade de abusos por parte de autoridade tanto na lavratura do auto de prisão como no encaminhamento da pessoa presa. Contudo, pode tornar o julgamento mais objetivo e possivelmente menos suscetível a abusos como “montagem” de flagrantes pelos policiais¹⁹³.

Neste ponto, cumpre salientar que, o envio do auto e a sua análise em papel, já ocorriam antes da audiência de custódia e, até mesmo depois de sua implementação. A única e importante novidade do instrumento é a presença do flagrado para entrevista, não havendo produção probatória.

Processos de investigação prejudicados e com instrução deficitária são realizadas pela polícia civil, também é reconhecida as limitações presentes no trabalho dessa polícia.

O ideal seria um inquérito com investigação vasta, constituição de provas, documental, oitiva de testemunhas, inclusive os parentes do acusado, contudo, a precariedade da instrução dos inquéritos policiais e a deficiência da polícia civil na colheita de provas oportunizam o prejuízo quando se fala em investigação e instrução processual¹⁹⁴.

Um dos principais argumentos para a defesa da audiência de custódia é inibir abusos policiais. Em pesquisa qualitativa, realizado com profissionais do Sistema de Justiça Criminal, policiais militares e civis, promotores, defensores públicos e juízes, pode ser observado que, em alguns momentos, os próprios policiais militares reconhecem alguns excessos na execução do flagrante¹⁹⁵.

É confessado na pesquisa, que, às vezes, para que a prisão não seja considerada ilegal, o próprio policial diz que estava perseguindo o suspeito no momento que foi pego em flagrante. A justificativa seria o risco do policial não achar nada, colocando

¹⁹³ BONATTI, Daniel; BRUNACCI, Diogo Paiva; SILVA, Leandro de Castro. **Aperfeiçoamento da política pública penal do Brasil: a inserção da audiência de custódia no processo penal**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo De Rezende Francisco (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 48.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*.

sua profissão e sua liberdade em risco, ocasionando conseqüentemente, com certeza, a instauração de inquérito para averiguar o ocorrido, provocado pelo comandante da corporação¹⁹⁶.

Cumpra salientar, que tais afirmações “aparecem quase que uma admissão de transgressões a regras processuais, justificadas, inclusive, pelos próprios policiais militares como a forma possível de realizar suas funções”¹⁹⁷.

O Sistema de Justiça Criminal é um terreno repleto de disputas e contradições. A partir dos resultados da pesquisa sobre os flagrantes realizados na cidade de São Paulo, nota-se um certo padrão nos flagrantes de tráfico de drogas, por exemplo. Na maioria dos casos, (1) os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina; (2) apreende-se apenas uma pessoa por ocorrência existindo apenas a autoridade policial que efetuou a prisão como testemunha; (3) a média das apreensões comuns foi como porte de 66,5 gramas de droga; (4) no momento da realização da pesquisa não existia a instituição da audiência de custódia, assim foi constatado que os acusados não tinham defesa na fase policial; (5) a pessoa apreendida não estava portando consigo a droga; (6) as ocorrências de flagrantes por tráfico de drogas não envolvem violência; (7) os acusados representam uma parcela específica da população: homens, jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais; (8) os réus são defendidos pela Defensoria Pública; (9) acabam respondendo ao processo privados de liberdade; (10) os acusados têm condenação à pena inferior a 5 anos; (11) aos condenados não é dado o direito de recorrer em liberdade¹⁹⁸.

Importante frisar, que existe uma aceitação desse comportamento por integrantes do Sistema de Justiça Criminal, entendendo, talvez, que as regras estabelecidas obstam o trabalho desenvolvido pela polícia militar, “incluindo sua transgressão

¹⁹⁶ DE JESUS, Maria Gorete. OI, Amanda Hildebrand. DA ROCHA, Thiago Thadeu Julita. LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes do tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Núcleo de Estudos sobre a Violência-USP, 2011, p. 41.

¹⁹⁷ BONATTI, Daniel; BRUNACCI, Diogo Paiva; SILVA, Leandro de Castro. **Aperfeiçoamento da política pública penal do Brasil: a inserção da audiência de custódia no processo penal**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo De Rezende Francisco (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 50.

¹⁹⁸ DE JESUS, Maria Gorete. OI, Amanda Hildebrand. DA ROCHA, Thiago Thadeu Julita. LAGATTA, Pedro. *Op. cit.*, 2011, p. 122.

como “estratégia” defensiva a um trabalho que será realizado pelo advogado para livrar o “menino”¹⁹⁹.

Parece crível conjecturar que a não observância de requisitos processuais não se refere apenas ao abuso de autoridade, mas também uma ação auto-justificada em relação a uma percepção que esses atores têm sobre o processo legal²⁰⁰.

Por todo o exposto, cumpre salientar, que não se está confundindo as dificuldades inerentes ao inquérito, à fase pré-processual da persecução penal como um todo, com as da audiência de custódia. Audiência de custódia ocorre nos casos de prisão. O inquérito pode ocorrer com ou sem prisão em flagrante, assim, se for instaurado por portaria, por exemplo, não há audiência de custódia.

Lado outro, o auto de prisão em flagrante é o início do inquérito policial, e outras provas podem ser produzidas nele até o relatório final. A audiência de custódia é um instrumento de controle judicial da prisão, e não da investigação. Contudo, é claro que as provas recolhidas no início da investigação devem ser suficientes para justificar a prisão sem ordem judicial, que será posteriormente controlada na audiência.

Por fim, mesmo diante das dificuldades pré-processuais e processuais encaradas, ainda sim, a implantação da audiência de custódia encontra argumentos favoráveis, sendo necessário diante da realidade legislativa brasileira, que por muitas vezes é criticada em razão do seu amplo sistema de direitos e garantias.

5.3 PRISÃO EM NÚMEROS

O relatório do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado em 2014, aponta que a população carcerária cresceu 161% (cento e sessenta e um por cento) nos últimos 15 anos, alcançando o número de 607.731 presos no Brasil. Ainda, o estudo aponta a existência de superlotação nas prisões do país, resultado de um déficit de 244 mil vagas nos presídios. Outro importante dado

¹⁹⁹ BONATTI, Daniel; BRUNACCI, Diogo Paiva; SILVA, Leandro de Castro. **Aperfeiçoamento da política pública penal do Brasil: a inserção da audiência de custódia no processo penal**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo De Rezende Francisco (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 50.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 51.

apresentado informa que cerca de 41% acautelados são presos provisórios, em outras palavras, encontram-se encarcerados sem sentença definitiva.²⁰¹.

Fica evidenciada assim, a desproporcionalidade do uso da prisão provisória, contributiva para o caos do sistema carcerário do país, demandando providências emergenciais direcionadas para a efetivação das garantias constitucionais dos indivíduos presumidamente inocentes.

O projeto do Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de implementar a audiência de custódia em todos os Estados da Federação, é um bom exemplo de fomento da utilização mais adequada das medidas cautelares em face do sistema de justiça criminal.

5.3.1 Audiência de custódia: balanço parcial pós-implantação

O Conselho Nacional de Justiça vem mantendo em seu portal eletrônico um sítio com as notícias sobre procedimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. O conselho é um dos órgãos de maior importância do país e defende a implantação do referido procedimento.

Existe no referido sítio, uma apresentação pós-implantação da citada audiência nos Estados da Federação, números atualizados até abril de 2016, disponibilizados na forma de porcentagens, apresentados a seguir.

No balanço do CNJ, o que saltam aos olhos, é a grande discrepância nos resultados entre os Estados. Em São Paulo, foram realizadas 19.471 audiências de custódia até 15/03/2016. Dessas, 9.131 resultaram na expedição de alvarás de soltura (46,9%) e em 10.340 resultaram em prisão preventiva (53,1%). Houve 1.599 encaminhamentos para o serviço social (8,21%) e em 1.563 audiências (8,03%) houve alegação de violência no ato da prisão. Nesta linha, estão os Estados do Amapá e da Bahia, no primeiro foram realizadas 1.122 audiências de custódia até 31/03/2016. Dessas, 662 resultaram na expedição de alvarás de soltura (59%) e em

²⁰¹ BRASIL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 21 abr. de 2017.

460 resultaram em prisão preventiva (41%). Houve 33 encaminhamentos para o serviço social (2,94%), e não houve alegações de violência no ato da prisão (0%)²⁰².

No Estado da Bahia, foram realizadas 1.667 audiências de custódia até 28/02/2016, dessas, 1.137 resultaram na expedição de alvarás de soltura (68,21%) e em 526 resultaram em prisão preventiva (31,55%). Houve 37 encaminhamentos para o serviço social (2,22%) e em 27 audiências (1,62%) houve alegação de violência no ato da prisão²⁰³.

Já nos Estados da Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Sul, os resultados parciais foram totalmente diversos, existindo um baixo número de decisões que resultaram em liberdade provisória. Na Paraíba foram realizadas 1.015 audiências de custódia até 22/02/2016. Dessas, 378 resultaram na expedição de alvarás de soltura (37,24%) e em 637 resultaram em prisão preventiva (62,76%). Houve 7 alegações de violência no ato da prisão (0,68%) e não houve informação de encaminhamentos para o serviço social ²⁰⁴.

Em Pernambuco foram realizadas 2.273 audiências de custódia até 30/03/2016. Dessas, 845 resultaram na expedição de alvarás de soltura (37,18%) e em 1428 resultaram em prisão preventiva (62,82%). Houve 28 alegações de violência no ato da prisão (1,23%) e não houve informação de encaminhamento para o serviço social (0%). No Rio Grande do Sul, foram realizadas 2.434 audiências de custódia até 31/03/2016. Dessas, 387 resultaram na expedição de alvarás de soltura (15,9%) e em 2047 resultaram em prisão preventiva (84,1%). Houve 218 alegações de violência no ato da prisão (8,96%) e não houve encaminhamentos para o serviço social (0%) ²⁰⁵.

No total foram realizadas 64.207 audiências de custódia. Dessas, 30.819 resultaram na expedição de alvarás de soltura (46,63%) e em 34.737 resultaram em prisão preventiva (52,56%). Não foi informado o número total de alegações de violência no ato da prisão, nem de encaminhamento para o serviço social ²⁰⁶. O balanço parcial do CNJ trouxe à baila as primeiras impressões pós-implantação da audiência de

²⁰² JOTA. **Audiência de Custódia – Estatísticas: Balanço atualizado até abril/2016**. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2016/05/AUDI%c3%80NCIA-DE-CUST%c3%93DIA-DADOS-COMPLETOS-ATE-ABRIL-2016-1.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

custódia no Brasil, demonstrando que o procedimento, a priori, não surge como instrumento capaz de interferir no processo de encarceramento em massa.

5.3.2 Audiência de custódia e seletividade racial

Agora, teria relação direta a baixa porcentagem de expedição de alvarás de soltura (liberdade provisória) com a marginalização seletiva dos indivíduos não brancos?

De logo, cumpre salientar que, a partir dos dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, não há como auferir porcentagem especificadamente de tal variante. Contudo, uma observação atenta possibilita a primárias conclusões acerca do tema, levando em consideração outros balanços sobre a realização das audiências de custódia publicados recentemente, bem como o comportamento dos entes responsáveis pela criminalização secundária.

Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia (NAC), publicado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, informa que dos 1.056 autuados apresentados às audiências de custódia, 93% eram pessoas sexo masculino e 7% do sexo feminino, tendo como principais tipos penais o Roubo (22%), Tráfico (17%) e Furto (16%). Do total de apresentações 526 resultaram prisão preventiva (50%) e em 524 resultaram em concessão da liberdade provisória (49,6%), ainda, foram obtiveram 6 relaxamentos de prisões (0.6%). Tal amostragem corrobora, mais uma vez, em favor da utilização da prisão preventiva como principal decisão nas audiências realizadas²⁰⁷.

Daniel Nicory, Defensor Público do Estado da Bahia, através da realização de uma pesquisa empírica participante no primeiro mês de implementação da audiência no Estado, traz importante contribuição sobre o tema. Trata-se de um relatório parcial de investigação ainda em andamento, para que o corpus seja enriquecido com um

²⁰⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia – NAC**. Março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produktividade/produktividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/EstatsticaNACMARO.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

número maior de casos, para que se possa avaliar um número maior de variáveis, dando maior sustentabilidade aos dados inicialmente constatados²⁰⁸.

O objetivo com a implementação das audiências de custódia é evitar a decretação ou o prolongamento desnecessário do encarceramento cautelar, assim, pode-se afirmar, através da pesquisa, que o percentual de 23,53% de decretação de prisões preventivas, nos casos em que a Defensoria Pública atuou, aparentemente corresponde ao resultado esperado pelo CNJ²⁰⁹.

No entanto, o grupo de controle, antes da implementação das audiências, composto por casos apreciados pelo Núcleo de Prisão em Flagrantes, teve índice praticamente idêntico de conversão dos flagrantes em prisão preventiva, a saber, de 23,21% dos casos. Assim, ao menos em Salvador, em que já funcionava um serviço eficiente de apreciação imediata das prisões em flagrante, a audiência de custódia não representou uma redução do encarceramento cautelar²¹⁰.

Outro dado que chama a atenção é a variável interveniente significativa para a comparação entre os grupos de análise e de controle, qual seja, o tipo de crime imputado pela autoridade policial. Para os presos em flagrante por roubo, em 45,45% dos casos ocorridos antes das audiências de custódia, houve conversão do flagrante em preventiva, e em 47,83% dos casos ocorridos após a sua implementação; para os presos por tráfico, o índice de conversão foi de 31,25% antes das audiências, e de 25% depois delas²¹¹.

Outro importante dado extraído do primeiro mês de implementação da audiência de custódia no município de Salvador é o baixíssimo índice de relaxamento de prisão, que foi de 5,36% antes das audiências de custódia, e de 4,41% após a sua implementação, o que significa que o Poder Judiciário tem afirmado a legalidade das prisões em flagrante promovidas pela Polícia em pelo menos 94% dos casos²¹².

Ainda, podemos observar como tal instrumento vem sendo utilizado no que diz respeito ao tipo de medida cautelar conferida aos presos cujos flagrantes foram homologados, mas tiveram direito à liberdade provisória.

²⁰⁸ PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, nº 276, novembro 2015, p. 3.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 2.

²¹⁰ *Ibidem*, loc. cit..

²¹¹ *Ibidem*, p. 2-3.

²¹² *Ibidem*, p. 3.

Antes da implementação das audiências de custódia, a liberdade provisória com fiança foi a medida mais aplicada, em 46,43% do total dos casos, obviamente excluídos os crimes inafiançáveis, como o tráfico de drogas. A fiança foi arbitrada em patamar igual ou superior a 50% dos flagrantes, chegando a 100% dos casos nas hipóteses de violência doméstica (art. 129, § 9.º, do CP) e estelionato (art. 171 do CP)²¹³.

Lado outro, com a implementação das audiências de custódia, a imposição da liberdade com fiança reduziu consideravelmente, aplicada em 26,47% do total de casos, em sentido contrário, o emprego das cautelares de recolhimento domiciliar (5,88% contra 0,00% do grupo de controle) e de afastamento do lar (4,41% contra 1,79%) passaram a ser aplicadas com mais frequência²¹⁴.

Tal divergência adverte que as audiências de custódia, no primeiro mês de implantação, não têm surtido efeito significativo quanto ao percentual de conversão do flagrante em preventiva e no tocante ao reconhecimento da ilegalidade da prisão em flagrante, no caso específico de Salvador, em que já existia um núcleo judicial especializado na apreciação dos APFs. Contudo, a sua implementação é importante e decisiva para que o magistrado exerça uma ponderação e conforme o caso decida pela medida cautelar alternativa à prisão mais adequada às condições sociais e pessoais do flagrado²¹⁵.

Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife traz três impasses no curso das audiências, observados através do monitoramento realizado desde 2015. O primeiro é a manutenção de um padrão de decisão sobre prisão preventiva que se restringe ao aspecto material de acautelamento do meio social. O segundo é o abuso das medidas cautelares alternativas. Por último é a ausência de preocupação das organizações envolvidas nas audiências de custódia com os relatos de violência policial²¹⁶.

²¹³ PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, nº 276, novembro 2015, p. 3.

²¹⁴ *Ibidem*, loc. cit..

²¹⁵ *Ibidem*, loc. cit..

²¹⁶ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Antônio²¹⁷, homem negro, 32 anos de idade, foi preso em flagrante pela suposta prática de roubo de um celular, utilizando-se de uma faca, segundo narrativa dos policiais militares que o apreenderam. Em audiência, o acusado informa que puxou o celular das mãos da vítima, mas não utilizou a faca. No auto de prisão em flagrante, não constava o depoimento da vítima - o que, por sinal, é bastante raro, na prática, e até a legalidade do auto poderia ser contestada, quanto aos indícios de autoria e a natureza do fato - ou seja, a autoridade policial que efetuou a prisão é a única testemunha do ocorrido. Antônio é primário, portador de bons antecedentes e possui residência fixa. Informa que é usuário de crack. Foi preso preventivamente na audiência e se somou aos 64% dos presos provisórios que superlotam o sistema carcerário de Pernambuco²¹⁸. Na decisão que decretou a sua prisão encontra-se a seguinte fundamentação:

“o flagranteado cometeu o delito evidenciando enorme sanha de ameaçar a pessoa da vítima, consistente em usar arma branca para praticar assalto. Além disso, disse ser viciado em CRACK e que usou todo o seu dinheiro e o dinheiro do irmão para consumir drogas. Ele flagranteado está numa vida totalmente incosequente por causa do CRACK e, assim, se solto for, sua incosequência de uso de drogas e violência para conseguir manter o vício se voltará contra a sociedade, sendo sua prisão necessária para a garantia da ordem pública”²¹⁹.

No Brasil várias pesquisas sobre prisões preventivas “apontam para uma persistência em sua utilização como uma medida punitiva e de segurança pública, aplicável, sobretudo, àqueles indivíduos considerados perigosos, e uma ameaça à ordem pública”, assim a medida cautelar perde a sua justificativa processual de servir às finalidades do Direito Penal, passando a funcionar como verdadeira pena antecipada ²²⁰.

Salo de Carvalho utilizando-se de uma abordagem que parte do referencial teórico da criminologia crítica latino-americana, em especial as perspectivas do realismo

²¹⁷ Todos os nomes utilizados no trabalho são fictícios.

²¹⁸ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

marginal e da teoria agnóstica da pena, desenvolvidas nas últimas décadas por Eugenio Raúl Zaffaroni, fala justamente da sobre o papel dos atores da execução penal no cenário do “grande encarceramento”²²¹.

As críticas ao hiperencarceramento nacional têm como alvo principal o Legislativo, sobretudo as críticas advindas da “comunidade jurídica”. Contudo, o Legislativo se é responsável, o é apenas em parte. Deixa-se oculta a responsabilidade do Poder Judiciário pelo alto índice de aprisionamento, sobretudo pelo encarceramento massivo da juventude negra²²².

No Brasil, a “racionalidade excludente sustenta, revive e alimenta, até os nossos dias, práticas decorrentes das políticas escravagistas contra a população afro-brasileira”²²³.

No tocante a utilização das medidas cautelares alternativas nas audiências de custódia, podemos observar o caso de Zélia, de 41 anos de idade, negra, solteira, mãe de duas filhas e que passava as festas de fim de ano em Recife, foi presa em um estabelecimento comercial ao tentar furtar uma unidade de queijo do reino, um desodorante e roupas²²⁴.

A liberdade de Zélia foi concedida, mas foram aplicadas diversas medidas cautelares: comparecimento bimestral em juízo, proibição de frequentar festas, bares e assemelhados, recolhimento domiciliar noturno, proibição de usar drogas e de ausentar-se da comarca. A imposição dessa diversidade de restrições fere um pressuposto básico da cautelar que é a adequação da medida às circunstâncias do fato, na verdade, aparecem como um corretivo dado àquele ou àquela que certamente delinuiu, mas não merece o encarceramento provisório²²⁵.

²²¹ CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_brasileira_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²²² *Ibidem.*

²²³ *Ibidem.*

²²⁴ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife.** Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²²⁵ *Ibidem.*

Outro impasse na realização das audiências de custódia é a potencialidade que têm as audiências para funcionar como meio de combate à tortura e à violência institucional.

Segundo monitoramento realizado nas audiências que têm acontecido na cidade do Recife, esse potencial não vem sendo explorado. Poucas e raras vezes os autuados foram questionado acerca de maus-tratos, torturas, agressões ou ameaças ocorridos durante a prisão, mesmo existindo lesões e escoriações aparentemente fruto de agressão recém-executada. Em um caso específico, mesmo com a declaração de agressão policial, ao final da revelação se seguiu um silêncio, e na decisão escrita acerca da decretação da prisão preventiva do autuado, não há qualquer menção ao que o cidadão havia alegado. Também não se manifestou a respeito o Ministério Público²²⁶.

Em uma frase: “a polícia mata, mas não mata sozinha” ²²⁷.

Ainda, cumpre salientar que, há sempre um policial militar dentro da sala das audiências, o que, para alguns, pode representar um elemento possa inibir o autuado²²⁸.

Segundo os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), no ano de 2013, cerca de 17,3% da população carcerária nacional foi classificada como “cor da pele/etnia” negra. Em uma interpretação superficial, os números poderiam afastar a tese da seletividade racista do sistema punitivo. Entretanto, se agregadas as pessoas que foram classificadas como *pardas* (44,4%), temos um total de 64,7% do contingente carcerário, contra 35,3% daquelas identificadas como brancas²²⁹.

Dentro de um plano da racionalidade jurídica formal (das “regras” que orientam a atuação dos atores), o ordenamento jurídico nacional não poderia conceber regras que explicitassem a vulnerabilidade da juventude negra à criminalização seletiva.

²²⁶ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²²⁷ ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 142.

²²⁸ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. *Op. cit.*, Acesso em: 22 abr. 2017.

²²⁹ FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública, n. 08, 2014, p. 76.

Todavia, dentro de uma análise sob a perspectiva material (das “metarregras” que influenciam a ação dos atores), os dados de encarceramento no mínimo acusam o agir seletivo das agências policial e judicial, exteriorizando uma espécie absurda de naturalização de práticas racistas pelos poderes constituídos refletindo no direcionamento das instituições punitivas²³⁰.

Salo de Carvalho chega a algumas conclusões imediatas a partir dos números de encarceramento mundial e nacional: (a) o Brasil é o segundo país que mais encarcera (proporcionalmente) na última década; (b) no Brasil, em termos proporcionais, o número de encarceramento de mulheres é substancialmente maior do que o de homens; e (c) o encarceramento de homens e mulheres, jovens e negros, é o mais significativo em termos quantitativos e qualitativos²³¹.

Em outras palavras, o Brasil está longe de ser o país da impunidade, ao contrário, o sistema punitivo encarcera muito, diferentemente do que é cotidianamente divulgado, sobretudo pela imprensa. Contudo, cumpre salientar que, ao mesmo tempo em que encarcera muito, encarcera muito mal, no sentido de que inúmeras condutas não lesivas (crimes sem violência ou grave ameaça) não demandariam o uso da prisão e acabam sendo utilizadas. “A propósito, conforme as preleções da crítica criminológica, o cárcere é o instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar as pessoas piores”²³².

Em síntese, as audiências de custódia, ainda que se apresente como uma medida político-criminal de redução do encarceramento provisório, pouco poderá modificar os percentuais dos presos sem julgamento no Brasil, se não houver uma mudança na percepção da finalidade cautelar nas decisões proferidas²³³.

Importante frisar que a seletividade racial é latente na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. Entretanto, no Brasil, a população jovem negra, especialmente aquela

²³⁰ CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_br_asileira_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²³¹ *Ibidem.*

²³² *Ibidem.*

²³³ VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife.** Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

que vive na periferia dos grandes centros urbanos, marginalizados pela sociedade, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do hiperencarceramento da massa, o que parece advertir que o racismo está infiltrado como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo²³⁴.

Neste primeiro momento, conforme os balanços e estatísticas apresentadas observa-se que as audiências de custódia realizadas, a princípio, não foram capazes de investir modificação positiva no número de prisões preventivas decretadas. Talvez, como já foi suscitada, a questão não esteja nos instrumentos de efetivação das garantias fundamentais ao cidadão, e sim na falta de instrução e no comportamento ativo e por vezes silente do Poder Judiciário e ministerial, o que provoca a manutenção da violação às garantias fundamentais protegidas constitucionalmente.

²³⁴ CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_brasilera_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se entender a aplicação da audiência de custódia no Brasil, assim como seu alcance, problemas e divergências que se revelam no caminho para sua concretização.

O Brasil vem buscando, ainda em passos em lentos, meios para efetivação da igualdade, que em um Estado Democrático de Direito, faz-se indispensável.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece no art. 5º, caput, dando status de norma fundamental ao princípio da igualdade, que todos são iguais perante a lei, assim, devendo ser observado quer pelo legislador quer pelo aplicador da norma, sempre buscando a regulação da vida em sociedade e o tratamento equânime entre todos os cidadãos.

Igualmente, o Direito Penal e Processual Penal, em um sistema jurídico democrático deve, dentro desse contexto, fomentar a paridade de armas aos jurisdicionados, munindo-os com iguais direitos, ônus e obrigações, a partir de um pano de fundo filosófico-constitucional.

Os princípios básicos que têm ampla recepção nos ordenamentos jurídicos-penais positivos compõem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.

De tal modo, os princípios penais da intervenção mínima e da fragmentariedade, assim como os princípios que regem o nosso Processo Penal, quais sejam, o princípio do *in dubio pro reo*, do devido processo legal, da duração razoável do processo penal, do contraditório e da ampla defesa, tornam-se indispensáveis na edificação de um ordenamento jurídico-penal justo e efetivo, atendendo aos imperativos e justificativas constitucionais e os tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Neste sentido, surge a audiência de custódia, como instrumento cujo núcleo é o estímulo a garantia e efetivação dos direitos fundamentais da liberdade e da pessoa humana, no momento da prisão em flagrante, tendo ainda, o condão de colaborar para que exista uma redução no número de prisões preventivas desnecessárias.

No Brasil, o PL do Senado 554/2011, traz como determinação a prática da audiência de custódia, promovendo uma inegável transformação promissora no sistema de justiça penal.

Entretanto, tal instrumento enfrenta alguns desafios, seja na fundamentação legal do instituto, a (in)compatibilidade com o processo penal brasileiro e o mais ferino desafio que é a cultura punitiva, desafiando a contemporânea conjuntura do Direito Penal e Processual Penal.

Neste contexto, os estudos primários da escola etiológica, mesmo carregado de grande preconceito e discriminação, é de suma importância no processo evolutivo da ciência criminológica, que tem por objeto o crime e seus consectários, ainda na aplicação das penas e no próprio sistema de justiça criminal.

No tocante a criminologia crítica, destaca-se a classificação conferida a determinados sujeitos, configurando dupla seleção. A primeira, de bens protegidos por meio da tipificação penal, a segunda, na ação punitiva exercida sobre pessoas em concreto, em outras palavras, na persecução estigmatizadora dos indivíduos, criminalização primária e secundária, respectivamente.

Assim, constata-se que o legislador a princípio sanciona a lei com o propósito de teoricamente proteger os bens de maneira universal e genérica, no entanto, esconde a hierarquia dos interesses sociais, econômicos, e a autêntica intenção em punir as classes economicamente inferiores, corroborado através do serviço inadequado que vem sendo promovido pela criminalização secundária, demonstrando-se como seus maiores infratores.

Nesse sentido, existe de fato uma seletividade penal e racial latente na historiografia do sistema penal brasileiro, que recai sobre as classes marginalizadas pela sociedade, embaraçando a existência de uma igualdade de forças no âmbito social.

Desta forma, tal conduta reflete no errôneo processo punitivo-prisional brasileiro, aumentando os números de aprisionamento que, dentro desse contexto, atinge de forma esmagadora o povo negro. Deste modo, parece que o racismo está infiltrado como método interpretativo da seletividade, situação que permite constatar o racismo estrutural do sistema punitivo.

Neste contexto, conforme aludido, a audiência de custódia, tem como fito determinar os rumos do superencarceramento do sistema prisional brasileiro. Entretanto,

inicialmente, conforme os balanços e estatísticas apresentadas, as audiências de custódia não foram capazes de investir modificação positiva no número de prisões preventivas decretadas.

Não sendo superada a seletividade existente no sistema penal, e a cultura do encarceramento, tal instrumento inovador acaba não produzindo o resultado que inicialmente se propõe, qual seja, a de redução da massa carcerária. Todavia, cumpre um importante papel de redutor de danos, no tocante a poluição carcerária que em sua maioria, quase que absoluta, tem a pele negra.

Em conclusão, não é possível falar em um fracasso das audiências de custódia, a simples condução do preso à autoridade judicial representa importante avanço. No entanto, para alcançar as suas potencialidades, será preciso investir em mudanças mais profundas na cultura judiciária e ministerial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, jul./set. 1999.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Magistrados debatem sobre audiência de custódia**. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/10001>>. Acesso em: 19 set. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, 3 Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, vol. 1**. 11 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Feminicídio: o equivoco do pretense Direito Penal emancipador**. Boletim IBCCRIM, nº 270, São Paulo, maio 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONATTI, Daniel; BRUNACCI, Diogo Paiva; SILVA, Leandro de Castro. **Aperfeiçoamento da política pública penal do Brasil: a inserção da audiência de custódia no processo penal**. 2014. Dissertação. Orientador: Prof. Eduardo De Rezende Francisco (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Comissão Nacional de Justiça (CNJ). **Em novo endereço, plantão acelera audiências de custódia na Bahia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81950-em-novo-endereco-plantao-acelera-audiencias-de-custodia-na-bahia>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

_____. **Decreto n.592**, de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5240 – Proc. 8621360-86.2015.1.00.0000. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia Do Brasil - ADEPOL- Brasil. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> . Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.349703. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DJe 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n. 344.989. Impetrante: Angelo Maximo Macedo da Conceição. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DJ 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=344.989&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>> . Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Habeas Corpus n.389797520144010000. Terceira Turma. Relator: Ney Bello. DJ 23 set. 2014. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00389797520144010000&pA=&pN=389797520144010000>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. Niterói RJ: Impetus, 2011.

CARVALHO, Leonardo Dallacqua de. Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista Italiana no século XIX . **Revista Brasileira de Ciências Criminais** . São Paulo: Revista dos Tribunais, v.116, n.23, set.- out./2015.

CARVALHO, Salo. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_encarceramento_seletivo_da_juventude_negra_brasileira_a_decisiva_contribuicao_do_poder_judiciario.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

CIRINO, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 5.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DE JESUS, Maria Gorete. OI, Amanda Hildebrand. DA ROCHA, Thiago Thadeu Julita. LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes do tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Núcleo de Estudos sobre a Violência-USP, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia – NAC**. Março de 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/corregedoria/produtividade/produtividade-nucleo-de-audiencias-de-custodia/EstatsticaNACMARO.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2005.

FBSP – **Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, n. 08, 2014.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal, v. 1**. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; MOLINA, Antonio García-Pablo. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, vol. I**. 17.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JOTA. **Audiência de Custódia – Estatísticas: Balanço atualizado até abril/2016**. Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2016/05/AUDI%c3%8aNCIA-DE->

CUST%[c3%93DIA-DADOS-COMPLETOS-ATE-ABRIL-2016-1.pdf](#)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol I**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e a Imediata apresentação do preso ao juiz: Rumo à Evolução Civilizatória do Processo Penal. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.70, jul./ago. 2014.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *In*: LEAL, Gabriel Prado; OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Orgs.). **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 104, out. 2015.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Metodo, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.ed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Cristiano. **Noções de Criminologia**. Disponível em: <<http://www.doraci.com.br/files/criminologia.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2017.

MOORE, Carlos. **Racismo & Sociedade. Novas bases epistemológicas para a compreensão do racismo na história**. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxwcm9mZXNzb3JzaWx2aW9mYW1ldHJvfGd4OjMwYmI5OTM0ZTQ2ZWwNWQ>> . Acesso em: 25 abr. 2017.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. **Curso de Criminologia**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 20 set. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. A construção da culpabilidade dos vulneráveis: seletividade penal e a sua consequência na dosimetria da pena ante a ausência de efetivação dos direitos fundamentais. In: COUTINHO, Luiz (Organ.). **Estudos em homenagem ao professor Thomas Barcelar**. Salvador: Editora ESA/BA, 2014.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Ronaldo Batista. Audiência de Custódia – Da indevida equiparação do delegado de polícia ao juiz de direito para fins de audiência de custódia. **Revista Jurídica LEX**. São Paulo: LEX, v.76, jul./ago, 2015.

PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, nº 276, novembro 2015.

RAMOS, André. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento Suspeito abordagem policial e discriminação na cidade do Rio**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RAVAZZANO, Fernanda. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF**. Canal Ciências Criminais. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>> . Acesso em: 20 nov. 2016.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas**. Porte Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROSTIROLLA, Luciano. Aspectos Práticos e Jurídicos das Audiências de Custódia no Processo Penal Brasileiro. In: OLIVEIRA, Tarsis Barreto; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de; VIVEIROS, Estefânia (Coords.). **Efetivação da Tutela Jurisdicional e Técnicas Processuais**. 1.ed. São Paulo: PerSe, 2016.

SANTANA, Carolina. O Neolombrosionismo como tendência da Neurociência no Direito Penal. In: PORTUGAL, Daniela (Organ.). **Direito Penal e as Descobertas Neurocientíficas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. Criminologia e Política criminal. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino. Os discursos sobre crime e criminalidade. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. (Coords.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao Juiz Tourinho Neto**. Bahia: Editora JusPodivm, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Racismo. **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; _____. _____. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALENÇA, Manuela Abath; CASTRO, Helena Rocha C. de; BORBA, Marcela Martins; MACHADO, Érica Balbini Lapa do Amaral. **Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife**. Boletim IBCCRIM, ano 24, n. 280, São Paulo, mar. 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5722-Um-balanco-sobre-a-implementacao-das-audiencias-de-custodia-na-cidade-do-Recife>. Acesso em: 22 abr. 2017.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de Armas no Processo Penal**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Tradução Fernanda Freixinho; Daniel Raizman. In Revista discurso sediciosos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume I – Teoria Geral do Direito Penal**. 2001. 4ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2011.