

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO REDUÇÃO DOS DANOS NO SISTEMA CARCERÁRIO

CUSTODY AUDIENCE AS DAMAGE REDUCTION IN THE PRISON SYSTEM

Thamara Christina da Cruz Gomes¹
Waldir Miguel dos Santos Júnior²

RESUMO

Este estudo, a partir de dados empíricos e análises teóricas, tem por escopo apresentar um panorama geral acerca da implementação desse Direito Penal moderno no ocidente, transnacionalizado para a América Latina, com seus discursos legitimadores, para, a seguir, confrontá-lo com sua operacionalidade e verificar se a audiência de custódia constitui uma forma eficaz de reduzir os danos causados pelo encarceramento. Pode-se constatar que a privação de liberdade, pena máxima da modernidade, tem causado mais violência do que promete conter. E que o encarceramento é uma realidade na vida de inúmeros sujeitos. A partir de tais dados, buscou-se analisar o mecanismo processual denominado audiência de custódia, implementado no Brasil pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº. 213/2015, vindo a ser recepcionado e implementado pelos tribunais estaduais, observando, assim, a tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Os dados estatísticos informaram que há um perfil de sujeitos que, majoritariamente, ocupam as prisões e, conforme a teoria da vulnerabilidade, o direito penal, seletivo e estigmatizador, se ocupa de punir aqueles que já são relegados à margem da sociedade. Assim, diante do estado de coisas inconstitucional que se instaurou, pôde-se perceber que, mecanismos como a audiência de custódia se tornam meios que tem a potencialidade de reduzir danos causados pelo sistema carcerário, embora não seja, por si só, capaz de trazer mudanças estruturais no sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Criminalização; Encarceramento; Danos; Audiência de Custódia.

ABSTRACT

This study, based on empirical data and theoretical analysis, aims to present a general overview about the implementation of this modern Criminal Law in the West,

¹ Advogada - OAB/MG 192817. Pós graduada em Direito Penal pela Faculdade Metropolitana. Curso de aperfeiçoamento em Psicologia e Criminologia pela Faculdade Metropolitana.

² Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes RJ. É membro do ICP (Instituto de Ciências Penais). É Associado ABRACRIM (Associação brasileira de Advogados Criminalistas). Professor de Direito Penal da FAC. Advogado Criminalista.

transnationalized to Latin America, with its legitimating discourses, and then confronting it with its ensure that the custody hearing is an effective way to reduce the damages caused by incarceration. It can be seen that deprivation of liberty, the ultimate penalty of modernity, has caused more violence than it claims to contain. And that incarceration is a reality in the lives of countless subjects. Based on these data, we sought to analyze the procedural mechanism called custody hearing, implemented in Brazil by the National Council of Justice, through resolution no. 213/2015, to be approved and implemented by the state courts, thus observing international treaties ratified by Brazil. The statistical data reported that there is a profile of subjects that, in the majority, occupy the prisons and, according to the theory of vulnerability, the criminal, selective and stigmatizing law, takes care of punishing those who are already relegated to the margins of society. Thus, in view of the unconstitutional state of affairs that has arisen, it has been realized that mechanisms such as the custodial audience become means that have the potential to reduce damages caused by the prison system, although it is not in itself capable of bringing structural changes in the criminal justice system.

Keywords: Criminalization; Incarceration; Damage; Custody Hearing.

1. INTRODUÇÃO

Cada época da história, no Ocidente, se experienciou formas de combate a condutas tidas como prejudiciais. Houve a época dos castigos corporais, das mortes em praças públicas, dos suplícios, da queima das bruxas, do combate aos hereges, da internação dos doentes, até que, na modernidade, ao Estado foi delegado o poder punitivo.

Essa forma específica de punir, por meio das instituições mantidas e reguladas pelo Estado, ou seja, uma punição institucionalizada, buscou exercer o controle social entre as classes existentes, se legitimando por meio de ideais iluministas e positivistas.

Com a consolidação do Estado e do direito penal modernos, a prisão se tornou a pena por excelência, passando a sua legitimação por dois estágios: o primeiro, filosófico; e o segundo, jurídico.

Essa forma de controle social, exercida pela função preventiva e repressiva da pena, inicialmente desenvolvida na Europa, foi trazida para a América Latina e adequada às peculiaridades desse espaço geopolítico. Aqui, nos trópicos, o Estado, com sua fúria punitiva, tem criado várias legislações trazendo novos crimes, ou então alterando as penas dos já existentes, sob o discurso de combate à criminalidade.

Sob as mãos da polícia, do judiciário, do sistema de cumprimento das penas e medidas de segurança, muitos cidadãos são presos, ora em flagrante, ora em razão de uma sentença penal condenatória. E, apesar desse cenário, nas instâncias de controle informal, como a mídia, a escola, faculdades, dentre outras, muito se fala sobre o aumento da criminalidade.

Ora, se mesmo com a inflação legislativa e com o endurecimento de penas, muitos sujeitos ainda cometem condutas descritas em tipos penais, e mesmo com o diálogo entre as instâncias formais e informais de controle, o sistema de justiça criminal não dá conta de reprimir a criminalidade.

Os presídios estão superlotados, o encarceramento tem se mostrado crescente e massivo, a violência continua sendo perpetuada dentro e fora das prisões. Então, se pergunta: quais medidas devem ser tomadas para alterar este cenário?

Diversos autores demonstram que há uma crise no sistema de justiça criminal, e que, apesar de o direito penal ter sido implementado com a promessa de proteger a sociedade, existem outras finalidades desse direito que ficam às ocultas. Fala-se, ainda, em uma deslegitimação dessa lógica e forma punitiva, bem como na deslegitimação da prisão enquanto meio de combater a criminalidade, considerando, dentre outros elementos multifatoriais, que a forma como esse direito é implementado e operado faz dele um mecanismo institucional que viabiliza a manutenção do *status quo*.

O sistema carcerário brasileiro é alvo de inúmeras problematizações, seja pela forma como ele funciona, seja pelo perfil dos sujeitos que ocupam, majoritariamente, tal espaço. Assim, o Conselho Nacional de Justiça buscou regulamentar um mecanismo processual intitulado audiência de custódia, cuja finalidade principal é ser um mecanismo de redução de danos ao sistema carcerário.

Por meio de coleta de dados, de revisão bibliográfica e análise de resultados, este trabalho buscará discutir três aspectos principais: o surgimento do Direito Penal moderno, com seus discursos declarados (tradicionais), confrontando-o com a sua operacionalidade; o sistema carcerário brasileiro; e a audiência de custódia enquanto meio transitório de redução de danos.

2. O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

A modernidade experimentou uma forma específica de organização social por meio do Estado de Direito. E também viu surgir uma nova forma de sistema se estabilizar, o capitalismo. Esses dois fenômenos sociais trouxeram mudanças profundas no sistema de justiça e alteram, em muito, as formas punitivas.

Na modernidade o ocidente experienciou uma série de mudanças de paradigmas, entre eles a formulação do direito escrito, positivado em códigos. De acordo com Andrade (2012)

as sociedades elaboram a forma de punir que melhor atende aos interesses do sistema que lhe sustenta, portanto, a pena como sanção máxima é a que melhor atente aos interesses capitalistas, assim como os castigos físicos eram a pena por excelência do antigo regime.

Seguindo este raciocínio, ao se pensar o direito penal moderno, deve-se buscar conhecer acerca da emergência do Estado de Direito, visto que há um nexo funcional entre este e aquele. (ANDRADE, 2012). O direito penal fornece instrumentos para se conter o estado de polícia existente no Estado de Direito. Fala-se, então, em limitação do poder de punir.

O que se faz necessário destacar é que o Estado de Direito característico do avanço da modernidade, segundo os discursos que sustentam sua legitimidade, partindo de pressupostos funcionalistas da sociedade, tem como finalidade a contenção do exercício arbitrário do poder. Vieira (2008) esclarece que:

[...] o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana. (VIEIRA, 2008, p. 188).

O Estado de Direito propicia a organização social e limitação de agir pelo conjunto de leis, estabelecendo competências, atribuições, formas de exercício do poder e limitação do exercício punitivo, com vistas a assegurar maior autonomia e ampliar as esferas de liberdade dos sujeitos, compatibilizando os arbítrios.

Quando se fala em limitação em um Estado de Direito se está a pensar essa limitação não como fim, mas como meio para fazer com que todos tenham suas esferas de liberdade protegidas.

A saída do antigo regime para o Estado de Direito, com todas as transformações ocorridas na modernidade, nos vários setores sociais, refletiu na forma de se exercer o controle punitivo, constituído o que se convencionou chamar de direito penal moderno. Sobre esse ponto, explica-se que

O controle penal moderno, constituído especialmente no século XVIII, emergiu historicamente a partir de quatro transformações fundamentais: de uma relação estreita entre controle punitivo e o desenvolvimento do Estado Moderno, burocrático, racionalizado e centralizado; da formação de um corpo de especialistas responsável pela inflação das diversas classificações de desvio; do desenvolvimento das instituições totais para segregar os desviados; e, por fim, da substituição do castigo enquanto inflição de dor corporal para a mente enquanto objeto de repressão. (PRANDO, 2006, p. 78).

Com a promessa a erradicação dos castigos corporais, em prol da liberdade individual e do fim da barbárie, com a finalidade de proporcionar a emancipação humana e o avanço da civilização, deixando para trás a era das trevas e adentrando na era das luzes, teóricos anunciavam o contrato social como o rompimento com a tutela privada enquanto meio de apaziguar a sociedade. (CARVALHO, 2008). Esse primeiro momento é o da fundamentação filosófica desse novo modelo de sociedade em construção, sociedade essa que visava a expansão de seu modelo econômico.

No segundo momento, o da fundamentação jurídica, que se deu mais a partir do século XVIII, surge a questão referente a limitação do direito de punir do Estado, quando o marquês de Beccaria propõe o princípio da legalidade em seu livro “Dos Delitos e das Penas”, livro este que constitui o marco para o saber criminal moderno. (BECCARIA, 1995). Nesse sentido, Carvalho (2008) pontua que:

O marco referencial das ciências criminais da Modernidade é, inegavelmente, a obra Dos delitos e das Penas, de Beccaria, que não apenas delinea a principiologia humanista do direito penal e processual penal, mas realiza sua adequação com a filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e presunção de inocência são temas reiterados na tentativa de aniquilar a base inquisitória do direito penal e processual penal pouco harmônica com os ideais das luzes. (CARVALHO, 2008, p. 10).

A reorganização da sociedade, conforme os discursos tradicionais, com influência iluminista e positivista, trazia a esperança de se colocar fim aos castigos corporais e fazer emergir uma nova era de tutela estatal sobre os conflitos, com o discurso oficial de humanizar as sanções e reeducar os transgressores.

Nesse contexto surgiu então o crime e o castigo regulamentados pelo Estado burguês que com base nos saberes constituídos foi legitimado a dizer quais condutas seriam punidas e quais seriam toleradas. (ZAFFARONI; PIERANGELI; 2015). Nota-se, daí, a emergência dos processos de criminalização primária e secundária.

Os saberes legitimadores desse fenômeno social conhecido como direito moderno pretendiam, ainda, e ao menos oficialmente, propagar a objetividade na tutela dos conflitos, prometendo imparcialidade na aplicação das normas jurídicas.

Esse direito penal moderno foi estabelecido pela classe social dominante para ser um mecanismo de controle social, por meio do qual o outro, considerado desviante, criminoso, perigoso, seria erradicado, enclausurado em presídios com a alegada finalidade de ser ressocializado.

Tanto as instâncias formais quanto as informais concorrem para a correção do transgressor.³ E como a liberdade é um bem caro ao sujeito moderno, a privação da liberdade por meio da pena passou a ser justificada sob o discurso de se proteger a coletividade contra aqueles que infringem as normas estatais de tutela dos bens jurídicos considerados importantes. E nesse Estado de Direito moderno o bem jurídico é o conceito traz o objeto de proteção do Direito Penal.

Não há como se interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito, sem a ideia de bem jurídico. Isto se dá porque o tipo exerce, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, um limite inequívoco à intervenção penal (...) o bem jurídico está na matéria do tipo enquanto objeto de proteção. Isto se dá porque a restrição do *jus puniendi*, parafraseando Mir Puig, supõe que o direito penal é um mal menor, que só é admissível na medida em que seja indispensável. (BRANDÃO, 2014, p. 113).

Ainda a partir da análise do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos, há um viés que sob, esse auspício, legitima uma inflação legislativa.

A legitimação do direito penal como instrumento idôneo para proteção e efetivação dos direitos sociais e transindividuais deriva da concepção romântica que lhe atribui, como missão, a tutela de bens jurídicos. Nota-se, pois, sob a justificativa de proteção dos direitos humanos, a ampliação do rol das condutas puníveis e consequentemente do horizonte de projeção da punitividade. (CARVALHO, 2008, p. 101).

O ponto central da função declarada do sistema punitivo construído na modernidade, no bojo do Estado de Direito, é garantir a segurança jurídica dos sujeitos, defendendo a sociedade dos desviantes, vistos como um mal a ser extirpado por meio da aplicação de uma sanção denominada pena quando esse desviante ofender um bem jurídico considerado relevante.

O sujeito transgressor é entendido como desviante, como aquele que infringe uma ordem estabelecida. Para essa discussão é importante recorrer, em um primeiro momento, àquilo que a dogmática entende enquanto teoria do crime⁴, para se reconhecer a lógica que justifica, sob a ótica do próprio direito penal, a imposição de uma pena.

³ Ao pensar sobre as instâncias informais de controle existentes no meio de produção capitalista, Chaves Júnior e Oldoni acrescentam que “por trás de todos os seguimentos de controle informal, atuando como iminência parda, existe um denominador comum determinando o *modus operandi* de cada segmento: o modelo de produção do Estado, no caso o capitalismo, verdadeiro poder “invisível que a todos governa, embora não tenha sido eleito por ninguém.”

⁴ É com a teoria do crime que se estabelece o conceito de crime, enquanto conduto típica, antijurídica e culpável, e a partir dessa conceituação, se torna possível verificar que a conduta praticada pelo sujeito é possível de ser subsumida em um tipo penal e, em decorrência, ser aplicada uma pena. (BRANDÃO, 2014).

Baseado nessa necessidade de racionalizar a forma de punir, foram elaboradas as teorias legitimadoras e sustentadoras do sistema de justiça criminal, e do direito penal e processual penal. Dentro da dogmática penal há três pilares que são a teoria da lei penal, a teoria do crime e a teoria da Pena. (BRANDÃO, 2014). Todas conferem cientificidade ao direito penal e orientam sua aplicação.

A dogmática penal no Brasil define o crime enquanto um fato típico, antijurídico e culpável. (ZAFARRONI; PEIRANGELI, 2015). Este é o denominado conceito analítico, ou tripartite, de crime. Tripartite porque composto de 3 elementos sem os quais uma conduta não pode receber o *status* de criminosa.

O primeiro elemento do conceito analítico de crime é a tipicidade, entendida enquanto um juízo de adequação entre uma conduta praticada por um indivíduo, em determinado espaço geográfico, em um certo tempo, que contraria uma norma penal vigente. De acordo com Cláudio Brandão (2014, p. 60) “quando alguém realizava uma conduta típica, esta relação de adequação entre a conduta concretamente realizada e o tipo modelar abstrato é chamada de tipicidade”.

Já a antijuridicidade, enquanto segundo elemento do conceito analítico de crime, representa a contrariedade da conduta em face do ordenamento jurídico. Isto se dá em razão de a “antijuridicidade ser a contradição da ação que realiza um tipo penal com o ordenamento jurídico em seu conjunto”. (BRANDÃO, 2014, p. 64).

A culpabilidade recai sobre o agente, sendo, portanto, o último elemento do conceito analítico em comento. A culpabilidade significa um juízo de reprovação que recai sobre um sujeito que possui autodeterminação e, mesmo assim, agiu contrário ao direito, sendo composta por imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude exigibilidade de conduta diversa. (BRANDÃO, 2014). O autor ainda acrescenta que

A culpabilidade é definida como um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, optou por se comportar contrário ao direito. Tal juízo de reprovação é dirigido ao sujeito e feito pelo direito [...]. (BRANDÃO, 2014, p. 167).

Dessa feita, para que haja um crime a conduta do agente deve ser típica, antijurídica e culpável, e a pena é a decorrência da prática dessa conduta praticada por um agente em um determinado espaço-tempo. Com base nos elementos dogmáticos do conceito analítico de crime, se tornou possível atribuir a um sujeito a nomenclatura de criminoso.

Apenas do discurso oficial do direito penal proclamar que não pune pessoas, e sim condutas, não se pode olvidar que quem vai preso é um sujeito, uma pessoa. Dentro das

teorias do desvio, baseada no positivismo e organicismo, o criminoso era entendido enquanto um inimigo da sociedade, pois era aquele que contrariava a ordem estabelecida quando, por meio de sua conduta, ofendia a um bem jurídico considerado importante de ser preservado. (ANDRADE, 2012). Assim, o criminoso merecia a imposição de uma pena como forma de o ressocializar, ou seja, torná-lo hábil a conviver em sociedade novamente.

Essa forma de compreensão do criminoso é denominada de etiológica, pois buscava em fatores bioantropológicos e naturais a causa do desvio. (CARVALHO, 2008).

Entretanto, para se avançar na discussão, é importante mencionar que a criminologia crítica trabalha não com a ideia de desvio, mas sim com a ideia de processos de criminalização primária e secundária, ou seja, formas pelas quais e motivos pelos quais, a determinados sujeitos, e a outros não, é atribuído o *status* de criminoso, esbarrando na seletividade do Direito Penal. (ANDRADE, 2012).

Nem todos os sujeitos que praticam condutas típicas estão suscetíveis à atuação das instâncias punitivistas. Aqueles que correspondem ao esteriótipo de “bandido” fica mais suscetível à aplicação de lei penal.

Conforme elucida Baratta (2002), o direito penal aplicável a todos, sem distinção, é um mito, pois não há uma defesa de todos os bens considerados essenciais, mas tão somente daqueles bens que interessam àqueles que detém poder econômico.

Assim sendo, a seletividade do sistema de justiça criminal é estrutural e a ação dos órgãos extrajudiciais é filtrada. Embora se tenha anunciado o fim das teorias periculosistas, são elas que ainda norteiam os processos de criminalização primária e secundária.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os índices de encarceramento no Brasil, assim como o perfil dos encarcerados mostram que o gênero, a classe e a raça influenciam nos processos de criminalização.

Os índices de encarceramento no Brasil experimentaram um crescimento exponencial nos últimos anos, chegando a preocupar desde os operadores do direito até os agentes envolvidos com o sistema carcerário.

Hoje há mais presos do que vagas nos presídios. Os índices de presos provisórios também são muito grandes. Ou seja, no Brasil, se prende muito e há um alto índice de pessoas em privação de liberdade sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Há um perfil de sujeitos que ocupa os presídios, marcados pelos critérios de gênero, de raça e de classe. Tais dados confirmam que o processo de criminalização, tanto primário quanto secundário, obedece a uma lógica multifatorial.

O constante aumento do número de pessoas presas deve, necessariamente, estar na pauta dos modelos dogmáticos e criminológicos, mesmo que não tenham como objetos diretos de investigação as violências institucionais e as estratégias punitivas de controle social. (CARVALHO, 2013, p. 147).

Com a finalidade de apurar a situação carcerária brasileira, o Departamento Penitenciário Nacional e o Ministério da Justiça e Segurança Pública realizaram um levantamento nacional de informações penitenciárias, que recebeu o nome de Infopen 2016.

O Infopen trouxe importantes dados estatísticos sobre a situação das pessoas em privação de liberdade e também mapeou o perfil dos encarcerados no país, emitindo o relatório no ano de 2017.

Conforme o relatório o Brasil apresenta a quarta maior população carcerária do mundo, cujo índice de encarceramento é superado apenas pelos Estados Unidos da América, pela China e pela Rússia. (BRASIL, 2014). De acordo com os dados apurados, a população prisional brasileira conta com 726.712 presos, somando os presos definitivos e os que aguardam julgamento. (BRASIL, 2014).

Ao se analisar o alto número de encarcerados fica nítido que tal índice não condiz com as vagas existentes, havendo, assim, um déficit de vagas. Pelos dados do BRASIL (2014, p. 8) “em relação ao número de vagas, observamos um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível”.

Estes dados apurados demonstram que o encarceramento aumentou e que o número de vagas disponíveis não acompanhou o índice. Assim, pode-se refletir que a privação de liberdade não tem se mostrado, empiricamente, uma medida eficiente para combater a criminalidade. Apostar na prisão tem se mostrado uma falácia.

Em relação a taxa de aprisionamento, o relatório informou que teve um aumento de 157%, sendo o estado do Mato Grosso do Sul é o que apresentou o maior índice de encarceramento em termos proporcionais, tendo em vista que conta com 696,6 presos para cada grupo de 100.000 habitantes, ao passo que o estado do Paraná é o que mais tem condenados cumprindo pena em regime aberto. (BRASIL, 2014).

O estudo ainda demonstra que no período de um ano uma média de um milhão de pessoas passaram pela experiência de se verem encarcerados.

E sobre os índices dos tipos de prisão, o relatório aponta que uma média de 40% das pessoas em privação de liberdade estão segregados cautelarmente, ou seja, se tratam de presos provisórios. Além do alto índice de encarceramento, há também um grande número de pessoas aguardando julgamento.

De acordo com o gráfico, 40% das pessoas presas no Brasil em Junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas. Este dado varia sensivelmente entre os levantamentos mais recentes do Infopen: no levantamento de junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional. (BRASIL, 2014, p. 13).

Sobre os presos definitivos o relatório aponta que

As demais destinações se dividem entre o regime fechado (24% das unidades), regime semiaberto (8%), regime aberto (2%), destinados a diversos tipos de regime (13%), destinados ao cumprimento de medida de segurança (2%), e aqueles destinados à realização de exames gerais e criminológicos e os patronatos 18, que juntos somam menos que 1% do total de unidades. (BRASIL, 2014, p. 13).

Outro dado importante levantado é de que dentre os encarcerados no país, um percentual de 55% tem idade entre 18 a 29 anos e, se for avaliado por estado, os que tem o maior número de jovens presos, com idade até 25 anos, são o Acre, com 45%, o Amazonas, com 40% e o Tocantins que conta com 39%. (BRASIL, 2014).

E no tocante ao nível de escolaridade dos presos a situação não deixa de ser preocupante. Pelos dados 75% dos encarcerados no Brasil sequer chegou até o ensino médio, e somente 1% dos presos possui graduação. (BRASIL, 2014).

Quanto aos crimes que mais levam pessoas aos presídios o BRASIL (2014) demonstra que o tráfico de drogas é o tipo penal que mais encarcera, contando com 28% dos presos por suposta afronta à Lei 11.343/2006.

Crimes patrimoniais como roubo e furto somados chegam a um percentual de 37%, enquanto que somente 11% do percentual é ocupado por presos que cometeram homicídios.

Ainda, quanto ao perfil dos encarcerados, é importante apontar os marcadores de gênero, raça e classe, os quais serão expostos a seguir.

Analisando esses dados, bem como os outros trazidos no Infopen, observa-se que a maioria das pessoas que se encontram privadas de liberdade são do gênero masculino e que a maioria dos presídios foram planejados para serem ocupados por homens. (BRASIL, 2014). Nos termos do relatório

74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 17% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino. (BRASIL, 2014, p. 19).

A partir de tais dados se pode constatar que a prisão foi pensada, majoritariamente, para custodiar homens jovens e semialfabetizados. Entretanto, apesar de os percentuais de homens e mulheres presos seja bem diferente, nota-se, ainda, que há um aumento do percentual de aprisionamento feminino, se comparado ao masculino.

Pelo relatório se extrai que há um total de 45.989 pessoas do gênero feminino em privação de liberdade e que dentre tal índice, um percentual de 62% das mulheres foram presas por suposto envolvimento com o tráfico de drogas, ao passo que o percentual de encarceramento masculino por tráfico é de 26%. (BRASIL, 2014). Nota-se, aqui, um aumento do aprisionamento feminino em três vezes a mais, por tráfico, se comparado ao masculino.

Sobre os crimes contra o patrimônio o relatório diz que “os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento e 20% dos crimes relacionados às mulheres. (BRASIL, 2014, p. 43). Pelo exposto, se extrai que enquanto a taxa total de aprisionamento geral aumentou 119% entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460% no período.

Por sua vez, sobre os dados étnico-raciais, o relatório informa que 64% da população em privação de liberdade é composta por pessoas negras. Tais dados corroboram que o direito penal age pela lógica do extermínio, conforme já mencionado neste trabalho. Esse encarceramento em massa impede que a população encarcerada, que se enquadra em um determinado perfil social, não tenha acesso aos processos democráticos decisórios, como voto, uma vez que o preso perde seus direitos políticos.

E pelo até aqui analisado, se torna nítido que a prisão não resolve a questão da criminalidade, até porque o termo criminoso é um status atribuído a determinados sujeitos. Assim, o cerne da questão não está na falta de prisões ou na falta de aprisionamento, mesmo porque o Brasil prende muito, conforme visto.

Racionalizar as formas de punir seria, então, a partir desses discursos oficiais, uma forma de evitar mais violações e assegurar ao sujeito a manutenção da sua esfera de liberdade, ao passo que somente o Estado poderia punir, isto é, não existiria mais a tutela privada dos conflitos em se tratando de punição.

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. Para uma melhor compreensão da

sanção penal, deve-se analisá-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador. (BITENCOURT, 2017, p. 113).

A pena de privação de liberdade, no direito penal moderno, a despeito da promessa de ressocialização, pune determinados grupos sociais que, de algum modo, constituem um empecilho à ordem burguesa e capitalista.

Sobre as prisões provisórias, cujo percentual de encarcerados chega a 40%, viola a presunção de inocência e transforma a presunção de periculosidade em prática recorrente. De acordo com Zaffaroni (2007, p. 70) “quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”.

E também a situação dos presídios, com sua falta de estrutura para receber as pessoas em privação de liberdade, a falta de presídios femininos, a falta de vagas nos presídios que faz com que as pessoas em privação de liberdade sejam colocadas em situação extremamente precária, todos esses fatores constituem graves violações aos direitos humanos, contrariando, desse modo, os preceitos constitucionais.

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas da falta de ar, na umidade e dos odores nauseabundos. Mesmo nas prisões mais modernas [...] podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico. (BITENCOURT, 2017, p. 165-166).

Em face dessa situação de violação de garantias básicas, de crise do direito penal e de falência da pena, o Estado de Direito também é violado.

A função do direito penal e de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis. Se o direito penal não consegue que o poder jurídico assumira esta função, lamentavelmente terá fracassado e com ele o Estado de direito perecerá. (ZAFFARONI, 2007, p. 172).

Ao passo que o avanço da modernidade, principalmente a partir da Segunda Guerra, trouxe a necessidade de cada vez mais se proteger os direitos básicos do homem, a prisão, e o sistema de justiça criminal por meio de sua operacionalidade, constituem, ainda mais em

países marginais como os da América Latina, um meio institucional de violação de direitos humanos.

4. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A pena de prisão para o direito moderno, entendida enquanto última medida, interrompe temporariamente um dos direitos fundamentais do cidadão, que é a liberdade. A partir dessa perspectiva, e considerando também as reformas operadas no Código de Processo Penal, em especial as trazidas pela Lei nº. 12.403/11⁵, a prisão passou a ser uma medida excepcionalíssima. Porém, mesmo assim, os índices de encarceramento aumentaram nos últimos anos, sendo necessário adotar outras medidas para evitar a banalização da prisão. (SILVA, 2017). Nesse contexto surgiu a ideia de implementar a audiência de custódia no Brasil.

Assim sendo, pode-se dizer que a audiência de custódia traz um procedimento necessário quando se prontifica a analisar “o processo penal através de um viés constitucional, pois estão inseridos nesse ato valorosos princípios processuais, como presunção de inocência, ampla defesa e contraditório”. (MARQUES, p. 16, 2016). E também para assegurar os direitos dos jurisdicionados por meio da contenção do poder punitivo a audiência de custódia se justifica. (PAIVA, 2015).

Um debate em torno dessa audiência é o acerca da sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. A audiência de custódia, regulamentada pela Resolução 2013, de 15 de dezembro de 2015, funciona enquanto uma forma de controlar judicialmente a prisão, sem se confundir com a norma trazida no art. 306, §§1º e 2º do CPP.

De acordo com Paiva (2015) essa audiência também não se confunde com audiência de apresentação, já prevista no Código Eleitoral e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto a sua conceituação, trata-se, então, de um mecanismo processual segundo o qual na hipótese de um cidadão ser preso, deve ser levado à presença da autoridade judicial em um prazo máximo de até 24 horas da comunicação do flagrante. (CNJ, 2015). Não se trata de uma antecipação da audiência de instrução, mas sim de um meio de avaliar a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua manutenção ou substituição.

5

Essa lei trouxe alterações sistemáticas em relação as prisões cautelares, propiciando ao juiz a possibilidade de aplicar medidas cautelares alternativas à provisória, buscando, assim, evitar a prisão do investigado antes de haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A primeira e mais elementar lição sobre a dinâmica procedimental da realização da audiência de custódia é a de que o ato não deve servir como uma antecipação do interrogatório ou da instrução processual. A atividade judicial praticada na audiência de custódia, com a participação do Ministério Público e da Defesa, deve se limitar a circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre o cidadão conduzido. (PAIVA, 2015, p. 89).

Nessa audiência realizada pela autoridade judicial, que funciona como um espaço de diálogo pelo viés institucional, devem estar presentes o promotor de justiça e o conduzido acompanhado por um defensor público ou advogado.

Ao realizar a audiência a autoridade judicial avaliar se a prisão ocorreu com a observância das normas legais e, ainda, se há a necessidade de manter a segregação do flagranteado ou lhe conceder a liberdade provisória com ou sem a implementação de cautelares diversas da prisão. (FREITAS; FRANÇA, 2016, p. 3). Embora seja um mecanismo processual, não há lei que determinada a realização da audiência de custódia.

Entretanto, está em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei com a finalidade de regulamentar o tema por meio no Projeto de Lei nº. 554/2011. (PAIVA, 2015). Portanto, a validade da audiência de custódia não está subordinada exclusivamente à existência de uma lei processual que a determina. Assim, mesmo sem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, a audiência de custódia é legítima, porquanto se encontra prevista em tratados internacionais e em pactos ratificados pelo Brasil, bem como se mostra adequada às normas constitucionais e processuais.

Cabe mencionar o Pacto São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos enquanto marcos normativos legitimadores da audiência de custódia. Este traz a previsão no art. 9, item 3 e aquele no art. item 5. (CNJ, 2015). Tais pactos foram aderidos pelo Brasil há anos.

Outro marco importante sobre as audiências de custódia é a ADPF nº. 347, ajuizada para pleitear que o Estado reconheça a grave violação dos direitos humanos causada pela atual situação carcerária.

Diante da situação supramencionada o Partido Socialismo e Liberdade teve a iniciativa, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de pleitear o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais da população carcerária, sendo esta caracterizada por um estado de coisas inconstitucionais e um dos fatores que resultaram essa situação são as ações omissivas dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). (FREITAS; FRANÇA, 2016, p. 2).

A partir dos marcos relatados, a audiência de custódia teve início, já no ano de 2015, trazendo a possibilidade de que o preso em flagrante seja colocado em liberdade, com ou sem a imposição de cautelares, evitando, dessa forma, a superlotação dos presídios e funcionando como um paliativo para o alto índice de presos provisórios.

O princípio do devido processo legal, trazido pelo art. 5º, inciso LIV, se trata de um dos princípios que legitimam a audiência de custódia. De acordo com o referido inciso da Constituição “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

O devido processo legal engloba o contraditório e a ampla defesa, os quais são melhores efetivadas com a implementação do projeto audiência de custódia, tendo em vista que o próprio preso, assistido pela defesa, será ouvido perante o juiz responsável por relaxar sua prisão, a manter ou lhe conceder a liberdade provisória.

A audiência de custódia, enquanto mecanismo processual que visa analisar a legalidade da prisão, e também a necessidade de sua manutenção, encontra suporte na Constituição e no mencionado princípio do devido processo legal, que engloba tanto o contraditório quanto a ampla defesa.

Em resumida síntese, o contraditório, juntamente com a ampla defesa, instituiu-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal, pois é cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal. (MARQUES, 2016, p. 19).

Outro princípio norteador da audiência de custódia é o da motivação das decisões, previsto na Constituição em seu art. 93, IX, o qual dispõe que

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Ainda, aponta Paiva (2015, p. 31) que “a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma “das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado”.”

Outros princípios que dão suporte à audiência de custódia são os princípios do acesso à justiça e da presunção de inocência.

[...] a audiência de custódia assegura a integridade física e os direitos humanos dos presos, consolidando ainda o direito de acesso à justiça do preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial de persecução penal. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão contra o Estado, condizente com a presunção de inocência.(MARQUES, 2016, p. 14-15).

Os princípios norteadores da audiência de custódia apresentam relação com suas finalidades, pois os princípios visam (também) orientar a aplicação do direito. Dentre as finalidades do projeto audiência de custódia, Paiva (2015) elenca três eixos principais, que são: 1) a necessidade do Estado brasileiro observar as normas trazidas pelos tratados internacionais; 2) consolidar a prisão enquanto última medida, evitando, desse modo, prisões desnecessárias ou sem observância das normas processuais e; 3) prevenir torturas, maus-tratos e abusos de poder.

Conforme já esclarecido, os tratados internacionais preveem a apresentação do preso à autoridade judicial sem demora logo após ter restrita sua liberdade, portanto, a previsão normativa da audiência de custódia e sua implementação nos estados da federação constitui não apenas uma viabilidade, mas também, e principalmente, uma necessidade do Estado dar cumprimento às normas oriundas dos referidos tratados dos quais o país é signatário.

4.1. A Audiência de Custódia Como Mecanismo de Redução de Danos no Sistema Carcerário

O sistema de justiça criminal, por meio de sua operacionalidade, apesar do discurso tradicional de proteger bens jurídicos e evitar a violência da tutela privada, tem causado sérios danos. Tanto não tem sido capaz de cumprir suas promessas, através de seu discurso oficial, como tem sido amplamente eficaz ao cumprir seus discursos latentes. Conforme já analisado neste trabalho, inúmeros são os danos causados pelo encarceramento em massa, decorrente dos processos de criminalização primária e secundária.

E apesar da crise⁶ do sistema de justiça criminal, com sua crescente deslegitimação, não se pode deixar de pensar em formas de, no momento, com toda urgência que é preciso, elaborar formas de tentar reduzir os danos causados pela operacionalidade do direito penal. Os grupos vulnerabilizados estão sendo encarcerados em massa e estes dados não podem ser negligenciados.

⁶ A expressão crise, aqui, também, é empregada no sentido atribuído por Zaffaroni e também por Andrade (2012) quando diz que a crise representa, ao mesmo tempo, o êxito do direito penal seletivo e estigmatizante.

Prender, e ainda mais preventivamente, não tem se mostrado uma boa estratégia para evitar o cometimento de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, tampouco tem se mostrado viável em termos de ressocialização. Ao contrário, tem apenas produzido e reproduzido mais violência.

Diante desse contexto de violência institucionalizada, especialmente contra os já vulnerabilizados, apostar na resposta punitiva representa uma relegitimação e ampliação do estado de polícia que, inclusive, sufoca o estado de direito pelo seu agigantamento, fazendo com que o direito penal mostre a face policialesca do estado, em vez de servir de meio para frear a fúria punitiva. (ANDRADE; SIQUEIRA, 2016).

Assim, a audiência de custódia, enquanto mecanismo processual que visa analisar a necessidade/viabilidade de manter a segregação cautelar do preso em flagrante, constitui uma forma de buscar amenizar os danos causados pelo aprisionamento provisório⁷.

A nível estrutural a audiência de custódia não coloca fim aos problemas advindos do sistema de justiça criminal, e aqui não se está a defender esta ideia, todavia, é importante, no contexto atual, entender a referida audiência enquanto uma forma provisória de buscar amenizar os efeitos nefastos do encarceramento, ao possibilitar que o flagranteado seja colocado em liberdade mediante imposição de cautelares, ou mesmo que seja constatada a ilegalidade da prisão.

O direito penal moderno, com suas mazelas, é uma realidade e, por mais que seja necessário pensar formas de superação desse modelo punitivo, também é necessário buscar alternativas que tenham impacto na prática cotidiana. Tais medidas, como a audiência de custódia, frise-se, não devem ser vistas como formas de humanizar o sistema prisional ou relegitimar o sistema de justiça criminal, pois, conforme já demonstrados, estes cumprem perfeitamente suas funções latentes e demonstram o viés político do sistema criminal.

Assim, tem-se que relevância de se pensar, junto com mecanismos redutores de danos, outras formas de resolução de conflitos por meio da negação das teorias da pena.

Negar as teorias da pena possibilitaria não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política. A pena, distante de qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim

⁷ Pelas pesquisas realizadas por Ribeiro, Prado e Maia (2015, p. 8) “em diversos contextos, as prisões preventivas são muitas vezes desnecessárias, podendo ser substituídas por uma liberação sem qualquer condicionalidade ou até mesmo pelo monitoramento eletrônico. Essa sistemática reduz a quantidade de indivíduos encarcerados injustamente, sendo este o argumento adotado por diversos defensores deste modelo no Brasil.”

nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder a ser contido. (CARVALHO, 2008, p. 120).

Partindo dos efeitos concretos do direito penal, com ciência do seu viés não cumprido e do seu viés latente, a audiência de custódia exerce uma função democrática ao conceber a possibilidade do preso ser ouvido e também ao propiciar discussão direta sobre a legalidade e necessidade da prisão.

Ao se verificar, em termos empíricos, os impactos da implementação das audiências de custódia na cidade de Belo Horizonte, capital mineira, pode-se constatar que tal mecanismo fornece, a partir de uma teoria funcionalista, tanto um mecanismo para evitar maiores danos aos flagranteados em razão da possibilidade de serem colocados em liberdade, quanto um meio de amenizar a superlotação dos presídios. E, também, se tornou um mecanismo que propicia ao juiz verificar a ocorrência de maus-tratos, tortura, prisão arbitrária. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015).

Sobre o perfil dos sujeitos apresentados para a audiência de custódia, confirma-se, novamente, que a criminalização secundária atinge majoritariamente jovens, negros, pobres e semialfabetizados, sendo este o maior percentual apresentado. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015). Nestas circunstâncias, pode-se visualizar, mais uma vez, a seletividade do sistema de justiça criminal.

No tocante às colocações em liberdade e manutenção da segregação cautelar, em Belo Horizonte/MG, num total de 825 audiências realizadas, um percentual de 53,6% dos flagranteados tiveram sua prisão preventiva decretada, 44,1% tiveram a liberdade provisória com imposição de medida cautelar, 1,7% tiveram a liberdade provisória sem imposição de medida cautelar e apenas 0,6% tiveram o flagrante relaxado. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015). Esse quadro demonstra a necessidade de pensar outras formas, que não o aprisionamento, enquanto medida de resolução de conflito.

O panorama sobre a implementação das audiências de custódia na capital mineira demonstra a grande necessidade de se alterar a lógica punitiva, posto que se não houver esta mudança o mecanismo processual não dará conta de reduzir os danos, podendo, até mesmo, vir a ser subvertido.

[...] a institucionalização das Audiências de Custódia enquanto mecanismo apto a reduzir a quantidade de presos provisórios somente se verificará quando o projeto for capaz de mudar a lógica punitiva que orienta a formação e a rotina dos operadores do direito. Este argumento deve ser considerado na prospecção de cenários no Brasil, posto que, nessa localidade, é possível ver a disseminação de um populismo punitivo que entranha as interações sociais, pressionando as agências

estatais por uma espécie de “fórmula mágica”, que significa privar da liberdade qualquer indivíduo desajustado, sob o argumento de que mais prisão significa também menos crime [...]. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 9).

Em relação à possível ocorrência de maus-tratos ou abusos cometidos por agentes públicos, o relatório informa que

Em 64% das audiências, o preso foi perguntado sobre maus tratos, sendo que em 62,9% dos casos foi o defensor público quem fez a pergunta. Em aproximadamente 1% dos casos foi o próprio preso quem mencionou o ocorrido. Em 35% dos casos não foi feito nenhum tipo de pergunta sobre maus tratos. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 46).

Assim, do até aqui exposto, se torna evidente que a estratégia de reduzir danos é necessária, sim, mas se não vier acompanhada de medidas que busquem alterar a lógica punitivista, pode ser utilizada para fins que não se pretendem.

Mesmo porque, a audiência de custódia é realizada por operadores do direito que estão dentro da estrutura institucional e, se não estiverem alinhados com a proposta momentânea e necessária de reduzir danos, não serão capazes de colaborar com o fim que a medida pretende.

Conforme sustentado

(...) se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça brasileiro não for capaz de reverter o julgo da vontade popular, as Audiências de Custódia terminarão por produzir uma quantidade sem precedentes de pessoas vigiadas pelo Estado. Seja a partir do monitoramento eletrônico, pela prisão preventiva, ou ainda, pela condenação a grandes penas privativas de liberdade. (RIBEIRO; PRADO; MAIA, 2015, p. 50).

Logo, embora seja acertada a decisão do CNJ ao regularizar as audiências de custódia, para que ela funcione efetivamente enquanto mecanismo de redução de danos e o cenário retratado ao longo deste trabalho seja alterado, é preciso que os operadores do direito despejem da lógica punitiva e passem a decidir levando em consideração as garantias dos jurisdicionados.

E que as decisões sejam pautadas não apenas no discurso de defesa da sociedade pelo viés de se proteger bens jurídicos, mas também nas mazelas que o processo penal acarreta na vida do flagranteado e daqueles que com ele convive. A observância das garantias dos presos não constitui uma boa ação, mas sim um dever jurídico-constitucional que precisa ser levado a sério.

5. CONCLUSÃO

Após análise dos aspectos acima, se conclui, de forma transitória, que a compreensão acerca dos discursos declarados (e não cumpridos) do Direito Penal moderno, bem como seus discursos latentes, que se tornam visíveis por meio de sua operacionalidade, constitui uma necessidade para discutir metodologias de redução dos danos causados pelos processos de criminalização primária e secundária.

O direito penal moderno, com suas instâncias formais e informais, em vez de ser uma barreira à fúria punitiva estatal, acaba sendo um meio institucionalizado de criminalizar e punir grupos sociais vulnerabilizados. Essa lógica invertida dos sistemas de justiça criminal afronta e subverte garantias constitucionais, gerando mais violência do que combatendo aquelas que, por meio do discurso tradicional, se busca evitar.

Ao punir seletivamente, esse direito penal acarreta, dentre outros males, um crescente e massivo encarceramento de uma população majoritariamente jovem, negra, pobre e semialfabetizada. Para estes, o rigor punitivo e a intolerância são a regra, o que constitui uma violação de direitos humanos e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Aos vulnerabilizados, o encarceramento por meio da prisão cautelar ou definitiva, se torna a principal medida, fato este que traz ainda maior estigmatização sobre tal grupo social, visto como inimigos da ordem e, portanto, principais alvos da justiça criminal.

E na América Latina, onde o cárcere deixa profundas marcas nos sujeitos a ele submetidos, o índice de prisões provisórias representa quase a metade do percentual dos encarcerados, se tornando, assim, uma realidade que precisa ser analisada para que outras medidas, que não o acautelamento provisório, sejam implementadas.

Nesse contexto, o mecanismo processual denominado audiência de custódia veio a ser implementado no Brasil, por meio da nº213/2015 do CNJ, órgão do Poder Judiciário brasileiro. A mencionada resolução, que traz procedimentos a serem realizados logo após um sujeito ser preso preventivamente, vem sendo implementada nos tribunais estaduais brasileiros, também por meio de resolução, porquanto, não há lei expressa que regulamente o tema.

Tal medida encontra respaldo nos valores constitucionais e também em tratados ratificados pelo Brasil, constituindo, assim, um possível meio de reduzir os danos causados pela operacionalidade do sistema de justiça criminal através da privação da liberdade.

A audiência de custódia constitui um direito subjetivo do preso e possibilita que a ele sejam implementadas cautelares diversas da prisão, ou mesmo que ele seja colocado em liberdade se verificada a ilegalidade da prisão. Também, por meio da audiência de custódia, se pode verificar a ocorrência de maus-tratos, tortura, coação, entre outras violações.

Ocorre que, por si só, a audiência de custódia não garante que os presos em flagrante tenham, efetivamente, seus direitos garantidos, posto que, muito embora sejam apresentados perante a autoridade judicial para que ela analise a necessidade ou não de manter a segregação, muitas vezes os operadores do direito já atuam dentro de uma lógica do extermínio.

Ou seja, veem o preso como alguém que cometeu um crime e precisa, por isso, ser punido, mesmo em face da presunção de inocência. Constatou-se que, segundo os dados empíricos trazidos nesse trabalho, mais de 50% das prisões são mantidas e que menos de 1% dos flagranteados são colocados em liberdade. Nestas circunstâncias, a audiência de custódia tem um aspecto ambíguo.

Isto porque, ao passo que se mostra um viável mecanismo processual de redução dos danos causados pelo sistema de justiça criminal em vigor, oriundo das transformações ocorridas na modernidade, com seus discursos declarados e latentes, a audiência de custódia pode ser, também, cooptada por discursos funcionalistas e relegitimadores do sistema criminal. E pode, ainda, ser subvertida pelos aplicadores do direito que, com base em um senso comum de que a prisão combate a criminalidade, acabam por manter a segregação cautelar, mesmo quando outras medidas se mostram viáveis.

A partir de todo o exposto, o presente trabalho fornece elementos que colaboram com as teorias críticas que buscam infirmar a resolução de conflitos pelo viés punitivista, além de propiciar uma maior sensibilização sobre o encarceramento massivo e as estigmatizações dele oriundas. Muito embora a audiência de custódia não seja hábil, e nem pretender ser, a alterar completamente o sistema em vigor, se bem operada, pode ser, sim, um mecanismo redutor de danos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. Teorias da Pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. **Revista Delictae**, v. 1, n. 1, p. 96-139, ago./dez. 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare marchese di. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BITENCOURT, César Roberto. **A Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do fragrado em audiência de custódia. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016. Cap. 4, p. 69-104. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 11 abril 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – Dezembro 2014**. Departamento Penitenciário Nacional – Brasília. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 10 mai 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Roussel Editores, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Crítica e contracrítica dos movimentos de crítica à dogmática jurídica: ensaio sobre as transições da escola do direito livre e do movimento do direito alternativo em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, p. 9-48, jan./jun. 2016.

CARVALHO, Salo de. Criminología, Garantismo Y Teoría Crítica de los Derechos Humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales** . v. I, n. 1, p., enero/junio, 2009.

CARVALHO, Salo. Sobre as Possibilidades de uma Penologia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. **Revista Polis e Psique**, v. 3, n.3, p. 143-164, 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. **Para Que(m) Serve o Direito Penal? Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

CNJ. Resolução n ° 213 de 15/12/2015. **Ementa:** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 10 abril 2018.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução aos seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. **IBCCRIM – Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 41-73, maio/jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/120.02.PDF>. Acesso em: 15 abril 2018.

FREITAS, Rafael Francisco; FRANÇA, Maria Victória Pasquoto de. Audiência de Custódia e suas Consequências no Sistema Processual Penal. In XIII Seminário Internacional & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. **Anais...** 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/15793/3692>>. Acesso em: 12 abril 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podium, 2015.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da audiência de custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Org.). **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016. Cap. 1, p. 9-22. Disponível em: <<http://www.fmp.com.br/publicacoes>>. Acesso em: 11 abril 2018.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2015. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, p. 77-93, jun./dez. 2006.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere**. 44 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2011. RIBEIRO, Ludmila; PRADO, Sara; MAIA, Yolanda. Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. **Cisp**, 2015.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. **Os Impactos da Audiência de Custódia no Sistema de Justiça Criminal do Acre**. 2017. 156f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.1, p. 185-201, junho/2008.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFARRONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.