



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS - FADIR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO EM FRONTEIRAS
E DIREITOS HUMANOS

ANGELA CRISTINA DINIZ BEZERRA CARNIEL

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REGIÃO DE FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI:
MÉTODO DE DESENCARCERAMENTO EM MATO GROSSO DO SUL**

DOURADOS/MS

2019

ANGELA CRISTINA DINIZ BEZERRA CARNIEL

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REGIÃO DE FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI:
MÉTODO DE DESENCARCERAMENTO EM MATO GROSSO DO SUL**

Dissertação apresentada à Banca de Defesa do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos, da Faculdade de Direito e Relações Internacionais / FADIR – UFGD Área de Concentração: Direitos Humanos, Cidadania e Fronteiras, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler.

DOURADOS/MS

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

C280a Carniel, Angela Cristina Diniz Bezerra
Audiência de Custódia na região de fronteira Brasil-Paraguai: método de desencarceramento em Mato Grosso do Sul [recurso eletrônico] / Angela Cristina Diniz Bezerra Carniel. -- 2019.
Arquivo em formato pdf.

Orientador: Gustavo de Souza Preussler.
Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos)-Universidade Federal da Grande Dourados, 2019.
Disponível no Repositório Institucional da UFGD em:
<https://portal.ufgd.edu.br/setor/biblioteca/repositorio>

1. Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Juiz de Garantias. Desencarceramento. Criminalidade na Fronteira Brasil-Paraguai.. I. Preussler, Gustavo De Souza. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

ANGELA CRISTINA DINIZ BEZERRA CARNIEL

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REGIÃO DE FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI:
MÉTODO DE DESENCARCERAMENTO EM MATO GROSSO DO SUL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados, como requisito para aprovação no Curso de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos e obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler – UFGD (Orientador)

Prof. Dr. Lauro Joppert Swensson Junior – UEMS

Prof. Dr. Rodolfo Arruda Leite de Barros – UFGD

DEDICÁTORIA

Àquele que é chamado de Deus forte (Is 9:6), Maravilhoso (Is 9:6), Conselheiro (Is 9:6), Cordeiro de Deus (Jo 1:29), Messias (Jo 1:41), Autor da Vida (At 3:15), O Caminho (Jo 14:6), A Verdade (Jo 14:6), Salvador (2 Pe 2:20), Pedra Angular (Ef 2:20), Eu Sou (Jo 8:58), Advogado (1 Jo 2:1), Reto Juiz (2 Tm 4:8), Rei dos Reis (Ap 19:16), Luz do Mundo (Jo 8:12), Sol da Justiça (Mt 4:2), Estrela da Manhã (Ap 22:16), Guia (Mt 2:6), Verbo da Vida (1 Jo 1:1), o Alfa e o Ômega (Ap 1:8) - a ti Jesus Cristo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores com os quais convivi ao longo da vida e que me influenciaram a seguir o mesmo caminho, sobretudo minha mãe, que não mediu esforço para me proporcionar a melhor formação.

Aos professores Camilo Pereira Carneiro, Washington Cesar Shoiti Nozu, Rodolfo Arruda Leite de Barros e Lauro Joppert Swensson Junior pelas contribuições que recebi no exame de qualificação e na banca de defesa.

Ao meu orientador, Gustavo de Souza Preussler, por ser um exemplo na sua atuação como professor e pesquisador, que me inspirou nesse grande propósito, onde todos meus conhecimentos romperam seus limites.

Aos meus irmãos, demais familiares e amigos, pela convivência enriquecedora.

Ao Luiz, meu companheiro para a vida, simplesmente por tudo.

À nossa filha Ana Luiza, que sempre nos proporcionou momentos inesquecíveis de ternura e amor incondicional.

Os direitos humanos, no entanto, não representam uma utopia (em sentido negativo), *mas um programa de longo alcance de transformação da humanidade.*

Eugenio Raúl Zaffaroni

RESUMO

O projeto de audiência de custódia no Brasil deve-se ao fato de o país ter assumido perante a comunidade e os organismos internacionais o compromisso de proteger, defender e implementar os direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas presas, decorrente de ser signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Na audiência de custódia o Estado-juiz analisará no prazo de 24 horas a respeito da legalidade e necessidade da prisão, bem como se houve, ou não, violação de outros direitos do preso. Nesse caminho, o presente estudo tem por objetivo geral analisar a implantação da audiência de custódia na fronteira Brasil-Paraguai, abordando os dados desta audiência no Conselho Nacional de Justiça, a criminalidade desta região, e seus benefícios como método de desencarceramento. Diante disso, foram elaborados os objetivos específicos, que são abordar o histórico das mudanças ocorridas no cenário internacional no que diz respeito à proteção dos direitos humanos; a evolução do Direito Penal, pautado no juiz de garantias, a fim de que os direitos e garantias fundamentais dos réus sejam respeitados dentro do processo penal; compreender o sistema penal do Brasil que aposta na aceleração do encarceramento, através de uma política criminal seletiva; problematizar as formas de efetivação das audiências de custódia no Brasil, especialmente nos municípios de Ponta Porã e Dourados-MS, que englobam a região de fronteira Brasil-Paraguai.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Juiz de Garantias. Desencarceramento. Criminalidade na Fronteira Brasil-Paraguai.

ABSTRACT

The custody hearing project in Brazil is due to the country's assumed towards the community and international organizations to protect, defend and implement the human rights, including the rights of prisoners, as a signatory to the Universal Declaration of Human Rights, the International Pact on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights. At the custody hearing, the State Judge will examine within 24 hours the legality and necessity of the arrest, as well as whether or not there has been a violation of other rights of the prisoner. Therefore, the present study has as general objective to analyze the implantation of the custody hearing in the Brazil-Paraguay border, approaching the data of this hearing in the National Council of Justice, the criminality of this region, and its benefits as a method of imprisonment. On the face of it, the specific objectives were elaborated which are to approach the history of the changes that have taken place in the international scene with regard to the protection of human rights; the development of criminal law, based on the guarantees court, so that the fundamental rights and guarantees of defendants are respected in criminal proceedings; understand the Brazilian penal system that bets on the acceleration of incarceration, through a selective criminal policy; to problematize the forms of effective custody hearings in Brazil, especially in the municipalities of Ponta Porã and Dourados-MS, which forms the border region between Brazil and Paraguay.

KEYWORDS: Custody Hearing. Human rights. Judge of Guarantees. Imprisonment. Criminality in Brazil-Paraguay Border.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO – Ação Cível Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGEPEN – Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Corte Internacional dos Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPP – Código de Processo Penal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA – Estados Unidos da América

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa

INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mato Grosso do Sul

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial da Saúde

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PLS – Projeto de Lei do Senado

PPGFDH - Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

UFGD – Universidade Federal da Grande Dourados

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1. Déficit de vagas, vagas e população prisional.....	20
Fluxograma 1. Procedimento da Audiência de custódia.....	73
Mapa 1. Zona de fronteira entre Mato Grosso do Sul e Amambay.....	83
Gráfico 2. Tipos de crime de natureza nacional e transnacional em Mato Grosso do Sul (Jun/2018).....	98
Gráfico 3. Tipos de crime de natureza nacional e transnacional em Mato Grosso do Sul (Jan/2019).....	98
Gráfico 4. Revela o perfil dos presos apresentados nas audiências de custódias.....	107
Gráfico 5. Tipificação dos crimes submetidos às Audiências de Custódia em Dourados-MS entre outubro 2016 a fevereiro de 2019.....	117
Gráfico 6. Tipificação dos crimes submetidos às Audiências de Custódia em Dourados-MS entre outubro 2016 a fevereiro de 2019.....	118
Gráfico 7. Percentual de conversão de flagrante em preventiva em Mato Grosso do Sul.....	119
Gráfico 8. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil.....	122
Gráfico 9. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total.....	122
Gráfico 10. Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal.....	123

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL	20
1.1 Direito penal e o respeito aos direitos humanos.....	21
1.2 Direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito penal.....	24
1.3 O Direito penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais.....	27
1.4 Proteção à dignidade da pessoa humana e o processo penal.....	31
1.5 Direito penal e a sua função social.....	34
1.6 Sistema carcerário brasileiro.....	36
1.7 A função do processo penal no Estado Democrático de Direito.....	39
1.8 Monopólio jurisdicional.....	42
1.9 Teoria do garantismo penal.....	44
2. CRIMINOLOGIA CAUTELAR DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	48
2.1 A Epistemologia Político-Criminológica da Audiência de Custódia.....	49
2.2 A apresentação do preso antes da audiência de custódia.....	51
2.3 Fundamento jurídico da audiência de custódia.....	53
2.4 A teleologia da audiência de custódia.....	55
2.5 Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal.....	58
2.6 Processo de criminalização e a cifra negra do direito penal.....	61
2.7 Seletividade primária.....	63
2.8 Seletividade secundária.....	66
2.9 Teoria da vulnerabilidade.....	68
2.10 Aspectos procedimentais da audiência de custódia.....	71
3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REGIÃO DE FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI	76
3.1 Caracterização da Fronteira Brasil-Paraguai.....	78
3.2. Criminalidade e fronteiras em Mato Grosso do Sul.....	82
3.2.1 Segurança pública na fronteira Brasil-Paraguai.....	87
3.2.2 Os impactos da criminalidade nas leis e as organizações criminosas.....	91
3.3 Estrutura e natureza do encarceramento em massa em Mato Grosso do Sul.....	95
3.3.1 Análise da ACO-MS-STF.....	101

3.3.2 Dados da audiência de custódia no Conselho Nacional de Justiça.....	106
3.3.3 Funil de seletividade em Mato Grosso do Sul.....	110
3.4 Caminhos da audiência de custódia como método de desencarceramento em Mato Grosso do Sul: uma proposta à luz dos Direitos Humanos.....	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

O cenário processual brasileiro começa a trazer novos rumos decorrentes de diplomas internacionais, os quais já encontram aplicabilidade em outros ordenamentos. Assim, surge um instituto de apresentação do cidadão preso, conhecido no país como audiência de custódia.

A área do Direito está em constante atualização para acompanhar as mudanças da sociedade e legislação. Muito embora o direito não seja o único instrumento responsável pela organização e pela harmonia da sociedade, merece lugar de destaque, logo possui maior pretensão de efetividade, e assim manifesta-se como instrumento de controle social.

O relacionamento entre as pessoas está sujeito a conflitos, tornando necessário que o direito organize a sociedade, mantenha a sua funcionalidade, evite que ela se torne instintiva, sendo que o ser humano, por viver nesta, encontra-se subordinado ao direito por ele criado (OLIVEIRA NETO, 2016).

Todavia, segundo Carnelutti (2001), o direito não pode fazer milagres. Menos ainda o pode o processo. Ressalta-se que, enquanto as leis são obedecidas, tudo vai bem ou, pelo menos, os defeitos permanecem ocultos, contudo, a desobediência os faz aparecer. Na realidade, o processo, especialmente o processo penal, desnuda as contradições do direito, que se utiliza de todos os recursos mentais de que dispõe para ultrapassá-las.

Assim, toda vez que o conflito humano não puder ser resolvido pelos demais ramos do direito, nasce à legitimação do direito penal, isto é, trata-se do último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito.

Importa registrar que ao Estado-legislador não compete à criação de bens jurídicos por critérios subjetivos, porquanto a sua identificação deve observar princípios limitadores impostos pelo Direito Penal. Ao tratar da função do Direito Penal, Bitencourt (2006) pontua que enquanto conjunto de normas e princípios cuja finalidade é criminalizar condutas intoleráveis para a sociedade, visando sua aplicação nos casos concretos, deve o legislador observar os princípios fundamentais, assumindo seu papel valorativo e essencialmente crítico.

Nessa trajetória, o minimalismo penal apregoa que a redução provisória do Direito Penal pode ser alcançada, seja para descriminalização de determinadas condutas,

cuja pretensão punitiva não se faça imprescindível, seja pela penalização, através da ampliação do sistema penal consensual ou, até mesmo, pela adoção de penas alternativas à pena privativa de liberdade.

Há muito se buscava um mecanismo que fosse capaz de garantir ao indivíduo a possibilidade de tratamento que pretendesse a garantia do devido processo legal, objetivando eliminar ou reduzir a cultura do encarceramento no Brasil (AZEVEDO, 2016).

A instituição da audiência de custódia, além de garantir a apresentação do preso ao juiz competente, teve a missão de materializar a garantia do contraditório na aplicação das medidas cautelares pessoais, sobretudo no caso de prisão em flagrante, permitindo a investigação a fundo da cautelaridade. Assim, na referida audiência, serão debatidas a necessidade de impor uma medida cautelar pessoal, inclusive a prisão, e, sendo necessária, a eleição daquela mais adequada ao caso concreto, dentre as opções existentes inseridas no Código de Processo Penal, pela Lei 12.403/2011 (MELO, 2016).

Ao se discutir os projetos de implementação da audiência de custódia no Judiciário nacional, não se deve esquecer de que não está sendo pleiteada uma nova garantia ou benefício processual ao indivíduo preso em flagrante, tampouco se trata da importação de algum dispositivo jurídico moderno para os tribunais brasileiros. Segundo o Informativo Rede Justiça Criminal (2014), a realização da audiência de custódia tem sido objeto de discussão no Brasil, inclusive através do projeto do Senado (PLS 554/2011), todavia, deveria ter sido internalizada no ordenamento jurídico nacional desde 1992, ano da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica pelo Brasil.

A audiência de custódia tem por alvo a limitação do poder punitivo, para que se efetive o respeito à pessoa que houver sido presa ou detida. Para Andrade; Alflen (2016, p. 15), a história da humanidade, especialmente a ocidental, demonstra despreocupação com a pessoa submetida à prisão, pois:

Apesar de surgirem manifestações incisivas no cenário internacional - sobretudo, a partir da segunda metade do século XVIII, em prol da coibição do arbítrio punitivo estatal e do asseguramento dos direitos humanos e, em especial, da pessoa presa ou detida - essa realidade começou a verdadeiramente mudar somente após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de organismos voltados à preservação dos direitos humanos e à manutenção da paz e da segurança internacional.

O Brasil assumiu perante a comunidade e os organismos internacionais o compromisso de proteger, defender e implementar os direitos humanos, incluindo os

direitos das pessoas presas, decorrente do fato de ser signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Fato é que há uma necessidade de uma resposta político-jurídica ao cenário perene da emergência cautelar: o número de prisões sem condenação no Brasil. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (2017), o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo (727.070 presos), sendo que 40% deles são presos provisórios.

Através dessa nova proposta de audiência, ressurge a esperança de garantir efetividade aos direitos fundamentais dos indivíduos presos em flagrante delito, principalmente no tange a sua integridade física e moral (OLIVEIRA, 2015).

A audiência de custódia é necessária para garantir que o preso seja levado ao estabelecimento penal em situação absolutamente compatível com a lei, sem que sofra qualquer tipo de violação, sobretudo, a tortura, ou mesmo que não seja levado ao cárcere e sim colocado em liberdade de imediato, se assim for o caso.

É preciso entender que a garantia da audiência de custódia situa-se nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade. A ideia reside exatamente em levar o preso à presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade (NICOLITT, 2015).

A escolha do tema justifica-se na análise da audiência de custódia como medida de proteção de direitos humanos dos presos, especialmente o direito ao contato com o juiz em prazo exíguo, o direito de não sofrerem qualquer espécie de violência e o direito de terem assegurados os seus direitos e garantias fundamentais. Delimita-se o trabalho no conhecimento da realidade fronteiriça sul-mato-grossense, para isso verifica-se a implantação do da audiência de custódia nos municípios de Dourados e Ponta Porã.

Diante dessa realidade, estabelecem-se os objetivos da pesquisa. Busca-se analisar a audiência de custódia na fronteira Brasil-Paraguai como método de desencarceramento, levando-se em consideração a criminalidade desta região.

No tocante aos objetivos específicos abordou-se: a) a análise do Sistema Penal brasileiro que utiliza o encarceramento como solução no país; b) a seletividade deste Sistema Penal; c) a implementação das audiências de custódia na fronteira Brasil-Paraguai, entre os municípios de Dourados e Ponta Porã-MS.

Para a concretização desta investigação utiliza-se a metodologia qualitativa, básica, de cunho exploratório, pautada em análise bibliográfica, a fim de encontrar os

dados necessários para discutir a efetividade da audiência de custódia como método desencarceramento.

Assim, foram realizadas consultas em sítios eletrônicos, além de livros, dissertações, legislação e artigos científicos, tendo sido realizada também pesquisa jurisprudencial nos sítios de Tribunais do Mato Grosso do Sul e Tribunais Superiores, bem como no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a respeito da audiência de custódia como método de desencarceramento, que corresponde a um processo penal garantista, a fim de humanizar a justiça penal. Aborda-se ainda o caráter seletivo do sistema penal e a criminalidade na fronteira Brasil-Paraguai.

Propõe-se nesta pesquisa refletir sobre os benefícios da audiência de custódia, especialmente quanto à sua aplicação na região de fronteira Brasil/Paraguai, analisando para tanto, a dignidade da pessoa humana, o nascimento dos direitos humanos a nível internacional, a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli, a seletividade primária e secundária e a participação da mídia nesta seletividade, trazendo as lições do direito penal humanitário, como modelo construtivo para o discurso jurídico-penal não legitimante, trazidas por Eugênio Raúl Zaffaroni. Assim, o trabalho buscará destacar ainda a estrutura e natureza do encarceramento em massa do Mato Grosso do Sul, o funil de seletividade, bem como a implantação da audiência de custódia e os seus caminhos como método de desencarceramento no Mato Grosso do Sul, à luz dos Direitos Humanos.

A audiência de custódia tem por escopo propagar a garantia de que toda pessoa presa em flagrante seja apresentada obrigatoriamente, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial competente, a partir da sua previsão no Direito Internacional Público, por meio de tratados em que o Brasil é signatário. Demonstrando-se que a audiência de custódia além de todos os seus objetivos humanitários e político-econômicos, necessários na concretização do avanço da política criminal brasileira, encontra-se a caminho da evolução, ainda que lenta e gradativamente, porém, ao implantarmos a audiência de custódia respeitar-se-ão os Direitos Humanos, inclusive da pessoa presa.

O embasamento teórico da dissertação encontra-se no livro “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”¹ de Luigi Ferrajoli, nos livros “O inimigo no Direito

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Penal”², “A palavra dos mortos”³ e “Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal”⁴ de Eugênio Raúl Zaffaroni.

Em primeiro lugar, a pesquisa científica iniciou-se na análise da figura do juiz garantidor, porquanto o juiz, mais que um aplicador de leis, tem a missão político-institucional de adequar a política criminal do Estado às previsões constitucionais, razão pela qual o Poder Judiciário tem o poder-dever de harmonizar os interesses do poder penal com o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Ferrajoli (2002) apregoa que o garantismo trata-se de um dever do Estado, o qual deve identificar a conduta criminosa, todavia, sem deixar de garantir os direitos fundamentais do cidadão preso, limitando, por evidente, o poder punitivo estatal ao estender a tutela do preso contra as arbitrariedades. Assim, compatibiliza o Direito Penal ao Estado Democrático de Direito, em verdade, o garantismo penal presta-se a assegurar os ditames da Constituição, tornando o juiz um precursor da obediência aos princípios fundamentais previstos na Lei Maior. Ademais, na visão garantista de Ferrajoli (2002), o Direito Penal deve agir e ser aplicado pautado na intervenção mínima na sociedade, assim, outros ramos deve solucionar o conflito, e quando estes falhem o Direito Penal entrará em ação.

Zaffaroni (2001) enfrenta a seletividade do sistema penal de modo despudorizado, bem como a criminologia midiática, trazendo a tona o modo de agir de cada uma dessas realidades e suas consequências na sociedade. No livro “A Palavra dos Mortos” o autor aborda o avanço do Direito Penal, visualizando-o não como um substituto da vingança privada, mas, sobretudo sinaliza o Estado como garantista dos direitos humanos, dos princípios processuais que efetivam um Estado Democrático de Direito, e através dele um Direito Penal Mínimo, excluindo conseqüentemente a simpatia ao Direito Penal do Inimigo, muitas vezes usado camufladamente pelo punidor legalmente investido do *ius puniendi* (ZAFFARONI, 2012). No livro “o Inimigo no direito penal”, Zaffaroni afirma que a seletividade do sistema o desmascara, revelando a finalidade da punição e a utilização do Direito Penal para o cometimento do crime de genocídio (ZAFFARONI, 2011). Por fim, em seu livro “Em busca das penas perdidas”,

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Vol. 1 (Coleção Saberes Críticos). São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

o jurista argentino constrói uma tese de deslegitimação do sistema penal, com fundamento no pensamento criminológico crítico, nos países de primeiro mundo, enfatiza a necessidade e possibilidade de uma resposta da América Latina à deslegitimação e à crise. O autor aponta o Direito Penal humanitário como modelo, afirmando que o sistema penal é “uma complexa manifestação do poder social” (ZAFFARONI, 2001, p. 16).

E assim, ressalta-se a importância da temática abordada, pois se funda no Direito Penal humanitário, previsto em normativas internacionais que o Brasil é signatário. Na visão de Lanfredi (2017), a luta pela efetivação do sistema de garantias em um julgamento justo é epilogada no objetivo de humanização do processo penal e na consecução da construção de um processo criminal menos degradante. Neste contexto, nasce à audiência de custódia no Brasil, com o escopo de enquadrar o país aos tratados internacionais de Direitos Humanos, os quais pautam o tratamento do cidadão preso com respeito e dignidade. Ao final, contextualiza-se este instituto como método eficaz de redução do encarceramento e de diminuição da reiteração de crimes.

O trabalho foi dividido em três capítulos: o primeiro apresenta um raciocínio que permeia os aspectos civilizatórios do processo penal, analisando-se o Direito Penal e os Direitos Humanos, a função social da pena, os direitos fundamentais do cidadão submetido à prisão, a proteção à dignidade da pessoa humana no direito penal, o Direito Penal como instrumento de tutela do direito fundamental, o sistema carcerário brasileiro, o monopólio do conflito e a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

O capítulo 1 fundamenta-se no caminho que o direito processual penal percorreu entre o Estado Absolutista e o Estado de Direito, no qual os direitos fundamentais do cidadão preso evoluíram, afinal se trata de pessoa humana detentora de direitos imanescentes à sua condição. Ocorre que, num país injusto socialmente, como o Brasil, onde a maioria das pessoas não tem o mínimo social, é possível afirmar que existe mais discurso de tutela dos Direitos Humanos do que ação. Para Lanfredi (2017, p. 79), a transgressão maciça e diária dos direitos humanos continua a não provocar indignação ou comoção social. Ademais, os abusos e atitudes violentas produzidas todos os dias, em todas as partes, muitas vezes por omissão dos governos e com a participação dos funcionários do Estado, acabam sendo considerados naturais.

Ante este quadro, deve-se combater a cultura do encarceramento massivo existente no Brasil, especialmente do preso provisório, através de medidas alternativas à

prisão, na qual a audiência de custódia perfeitamente se coaduna, porquanto tem um enfoque restaurativo, que consiste em garantir o contato pessoal da pessoa presa com uma autoridade judicial, logo após sua prisão em flagrante. Segundo Prudente (2015), o objetivo de tal medida tem respaldo em normas internacionais de direitos humanos, é assegurar a integridade física, evitar abusos e violações aos direitos humanos dos presos, além de desafogar o sistema prisional, garantir o efetivo controle judicial das prisões e reforçar medidas alternativas ao encarceramento provisório.

Lopes Jr e Paiva (2015) afirmam que aos quatro cantos, são propagadas as vantagens da audiência de custódia para a humanização do processo penal, decorrentes do contato visual, auditivo e tátil entre juiz e suspeito/indiciado, ali mesmo, no calor das circunstâncias da prisão. Assim, ultrapassar a chamada “fronteira do papel” é o maior desafio, dado que antes da audiência de custódia, a prisão era comunicada através da remessa do auto em flagrante ao juiz.

No segundo capítulo desta pesquisa aborda-se a seletividade do sistema penal, a criminalização midiática, a apresentação imediata do preso na legislação brasileira e os fundamentos jurídicos da audiência de custódia (movimentos internacionais em prol do respeito à dignidade das pessoas submetidas à prisão, bem como nacionais para a efetivação da referida audiência no Brasil).

Ressaltando-se, neste contexto, que apesar das mudanças trazidas pela Lei n.º 12.403/2011, que tem como objetivo evitar a prisão do indiciado antes do julgamento, a prisão provisória no Brasil continua figurando como regra no sistema processual brasileiro, constituindo-se verdadeira antecipação da pena, afrontando, assim, a garantia constitucional da presunção da inocência (PRUDENTE, 2015).

Quanto ao aspecto criminológico ainda vivemos sob a égide de um sistema penal associado a um populismo penal midiático, que figura como substituto da justiça. E neste papel fornece como resposta à atuação das instâncias (polícias, acusação e juízes) a criminalização de quem foi acusado e condenado pela imprensa, e assim realiza o etiquetamento penal. Para Zaffaroni et al. (2012) ao interferir no sistema penal, a mídia anda em lado oposto a criminologia crítica atual que fez nascer o direito penal mínimo.

Por outro lado, segundo Flausino (2017), apesar da relutância por parte de alguns operadores do Direito em efetivar a garantia ao cidadão preso, advinda da obrigatoriedade da audiência de custódia, o ato humanizou o Direito Processual Penal.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a importância da implantação da audiência de custódia na região de fronteira Brasil/Paraguai. A abordagem pautou-se na análise da

Ação Cível Ordinária (ACO) n. 2992 que o estado de Mato Grosso do Sul (MS) ingressou perante o STF, de dados da audiência de custódia no Conselho Nacional de Justiça e da criminalidade e fronteiras do estado, abordando destacadamente a implantação da audiência de custódia nacional e regionalmente, e seus benefícios como método de desencarceramento. Neste capítulo enfrentamos o encarceramento massivo e o funil de seletividade, apresentando a audiência de custódia como método de desencarceramento no Mato Grosso do Sul.

A implementação da audiência de custódia não tem como finalidade constituir o resultado de uma interpretação distorcida do alcance atribuído ao art. 7, item 5, e 8, item 1, da CADH, com o desígnio de diminuir a superlotação dos presídios. Porquanto, se assim ocorrer, tratar-se-á tão somente de uma forma de submissão e demonstração de poder do Estado, como alertava Foucault (2001). A audiência de custódia contribui sobremaneira para o desencarceramento, e ainda detém a missão de velar pelos direitos humanos do cidadão preso, bem como analisar a necessidade da manutenção da prisão.

Noutro norte, o Estado reconhece as falhas no Sistema Penal: a superlotação carcerária, e, por conseguinte, promete novas metas ou expectativas de caráter interno, uma vez que a diminuição do encarceramento é mais fácil de alcançar que a redução da criminalidade ou a reintegração social de presos (GARLAND, 2008).

A implementação da audiência de custódia é uma medida adaptativa para controlar os custos político-econômicos de um ilegalismo estatal ainda maior que o desrespeito ao Pacto de São José da Costa Rica: a superlotação carcerária. Posto isto, evidencia-se que os reais motivos e objetivos que movem os projetos do sistema penal continuam distantes dos princípios humanitários declarados oficialmente (ÁVILA, 2016). Aliás, a resistência a sua efetivação, em que pesem qualificadas vozes à imediata efetivação é a prova inequívoca disto (LOPES JR; MORAIS DA ROSA, 2015).

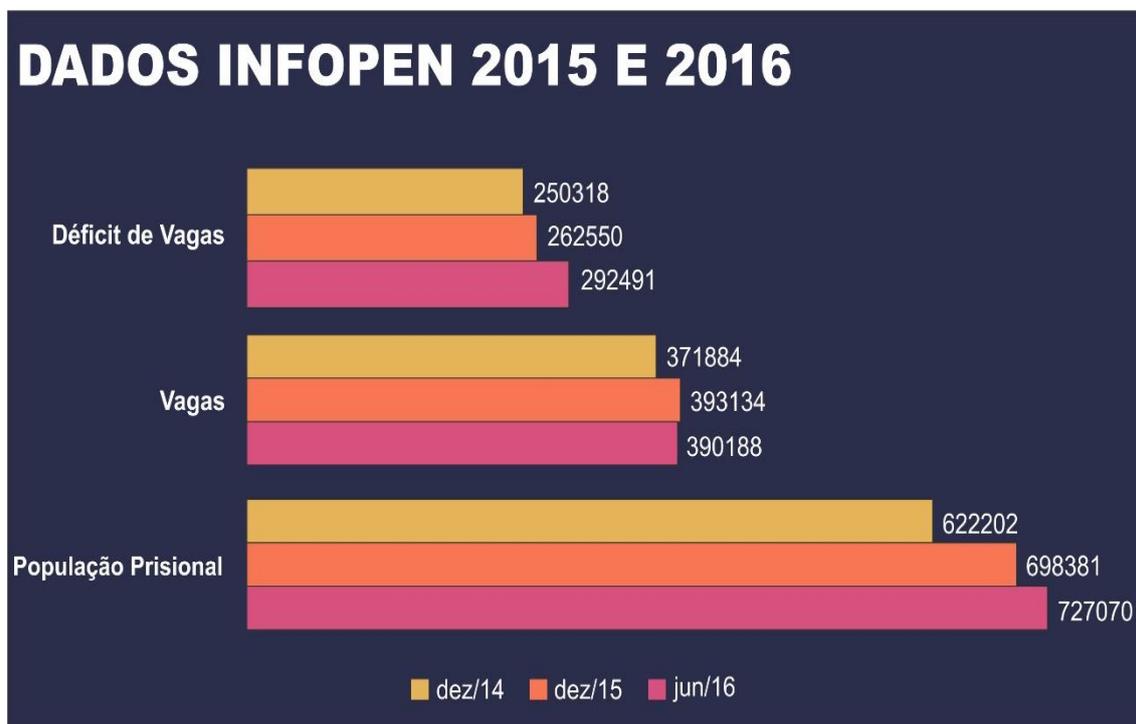
Nada obstante, a audiência de custódia deve ser considerada como uma considerável hipótese de declarado acesso à jurisdição penal, pois se trata de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado. Seu êxito, portanto, está condicionado essencialmente à vontade do Estado-juiz, pois deste depende sua execução (COUTINHO, 2015).

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UM CAMINHO PARA A HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

O Processo Penal, que é o instrumento de aplicação do Direito Penal, via de regra, resume-se à prisão, seja no flagrante da prática criminosa ou por ordem judicial, e este fato deve-se a cultura jurídica do encarceramento. Antecedendo o processo, a prisão e o espetáculo que dela se faz formam a resposta à população, ainda que sobrevenha sentença absolutória (CAETANO, 2016). Este fato pode ser comprovado por meio do número de presos provisórios, que equivale quase à metade da população carcerária brasileira.

Diante desse quadro percebe-se que mesmo após o advento da Lei 12.403/2011, responsável por enquadrar a prisão, no plano legislativo, como a *ultima ratio* das medidas cautelares, há o destoar entre a lei e a prática processual penal, pois a massa carcerária ultrapassou 727 mil presos, como se vê no gráfico 1.

Gráfico 1. Déficit de vagas, vagas e população prisional



Fonte: CNJ (2017).

Segundo Lopes Jr e Paiva (2014), o Processo Penal é o ramo do Direito que mais se beneficia da normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Nesta visão humanitária do Direito Penal surge a audiência de custódia no Brasil, a fim de ajustar o

processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, somada à missão de reduzir o encarceramento em massa no país, pois através dela se promove um encontro do juiz com o preso, ultrapassando, assim, a chamada “fronteira do papel” estabelecida no artigo 306, § 1º, do CPP, que se satisfazia com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado (LOPES JR; PAIVA, 2014).

1.1 Direito penal e o respeito aos direitos humanos

Inicialmente, cabe destacar a dimensão conceitual dos direitos humanos dos fundamentais. Os direitos humanos possuem um caráter supranacional, abrigados em uma “zona de flutuação” acima dos ordenamentos internos de cada país, aguardando autorização constitucional para assim se fixarem como normas constitucionais, oriundos de acontecimentos históricos que transmutaram a forma de pensar da sociedade internacional (VIEGAS, 2018). Para o autor, os direitos fundamentais se distinguem dos direitos humanos em razão da sua fixação territorial, dado que são fixados na Constituição de determinado país, delimitam sua força normativa apenas no território daquele Estado, gozando, assim, de um caráter puramente interno, ainda que no topo do ordenamento jurídico como normas constitucionais que são. Em suma, os direitos fundamentais seriam a fixação em texto nacional constitucional das inspirações consagradoras do princípio da dignidade da pessoa humana, as quais os direitos humanos traduzem no plano internacional.

A nova e moderna dimensão do Direito Penal contemporâneo tem por dever a tutela dos direitos individuais fundamentais. Estes podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005). Silva (2001) assevera que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem.

Destaca-se que a compreensão dos direitos fundamentais, como uma necessidade ou realidade, é extremamente necessária, a fim de que haja uma melhor convivência entre pessoas. Desta feita, é justificável instrumentalizar, conhecer, tratar e tutelar os direitos humanos (que exigem uma postura enérgica e presente do Poder Judiciário) como prioridades, para compensar as mais variadas situações suscetíveis de vulneração, e agindo desse modo haverá contenção ou redução de forma efetiva da

violência punitiva formal e informal, assim como respeito aos direitos humanos (de todos os direitos e não só os processuais) de todas as pessoas, especialmente dos marginalizados socialmente, durante a persecução penal (LANFREDI, 2017).

O Direito Penal pode ser considerado “como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica” (PRADO, 2004, p. 55), que figura como uma ferramenta apta a proteger os Direitos Humanos. Em outras palavras, poder-se-ia até afirmar que “a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos” (FREITAS, 2001, p. 36).

Assim, a proteção integral dos direitos humanos não pode ser apenas um discurso, deve, ao contrário, passar a ação, a fim de não se tornar uma controvérsia entre garantia e eficiência. Neste sentido, Lanfredi (2017) assevera que o juiz de garantias deve desenvolver sua atividade sob parâmetros que implicam resultados eficientes para a proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, sem distinção.

Sob esse aspecto, o Direito Penal se justifica pela proteção do mais fraco (seja a vítima, exposta a delitos, seja o criminoso, contra vingança ou a força estatal arbitrária), pois, por mais ilógico que soe, a pena é uma proteção ao réu.

O abuso das sanções punitivas expressa o desaparelhamento estatal, visto que o Estado, que poderia cuidar de algumas condutas menos ofensivas a bens jurídicos por outros meios de controle, deságua todas as suas incapacidades, de forma atécnica, no Direito Penal. Assim, narra Lanfredi (2017, pp. 134-135):

A luta pela efetividade dos direitos humanos contra a arbitragem punitiva e a violência autoritária é uma forma de regular e minimizar as consequências das formas institucionais de intervenção estatal, medir seus aparatos repressivos. O programa de garantia é, acima de tudo, um modelo político-criminal que assume o papel de desenhar e reorientar uma determinada política de direito, ou melhor, uma política em favor dos direitos humanos. Trata-se, então, de um papel político-militante, uma práxis nesse sentido, comprometido com a adequada refundação democrática e garantista do Direito Penal.

Qualquer consideração sobre a efetivação dos direitos humanos se reveste de uma conotação emblemática. No caso do Brasil, existem muitos antagonismos sociais, e diante disso, falar sobre direitos humanos é desafiador. Aliás, o sistema punitivo tira proveito desse problema, fazendo que a lei criminal deixe de ser subsidiária, para se tornar o remédio com o qual querem enfrentar os mais diversos problemas sociais. Destaca-se que há “uma estreita e positiva correlação entre a deterioração do mercado de trabalho e o aumento dos efetivos presos - ao passo que não existe vínculo algum

comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento” (WACQUANT, 2001, p. 107).

Não obstante, Baratta (2007) assevera que o sistema punitivo dirige sua ação contra infrações as quais a parte mais fraca e marginalizada da população está mais exposta, por outro lado, as ações criminosas dos grupos que têm a capacidade de se impor neste cenário geram a quase total impunidade de seu comportamento. Diante disso, o Estado concentrado na repressão de uma grande maioria de infrações patrimoniais, não tem tempo para se dedicar à criminalidade dos poderosos, o que se reflete na delinquência econômica e na corrupção política-administrativa.

Para remediar as características desse sistema punitivo injusto, é preciso pensar na reconstrução da cidadania brasileira e na promoção de direitos cuja efetivação pressupõe a substituição da repressão por promoção, assim como a compensação pragmática de preferências e desigualdades (LANFREDI, 2017).

Quanto ao excessivo número de tipos penais e a banalização do direito penal, Binder (1997, p. 41) alerta que “uma legislação em geral casuística e essencialmente autoritária, construída com base no alarme de periculosidade e debaixo dos clamores das emergências reforçam a política do populismo e do espetáculo, sem a preocupação lógica de compor-se um sistema ou romper o *status quo* de falsas igualdades ou oportunidades”.

Noutra visão, o Direito Penal mínimo, como modelo normativo de Direito penal, é a expressão que defende um sistema adequado de garantias – penais e processuais – para racionalizar proibições, penalidades e processos para a proteção de bens legais e salvaguarda de todos os direitos humanos: os pertences das vítimas, bem como das pessoas submetidas à prisão, contra o arbítrio policial e judicial, assim como contra os excessos e abusos das autoridades penitenciárias (LANFREDI, 2017, p. 132).

O limite do Direito Penal de atuação deve ser sempre os Direitos Humanos, cuja reprimenda recaia tão somente nas condutas que infringem os valores mais relevantes para os indivíduos. A legitimidade do Direito Penal é alcançada através do garantismo em seu aspecto processual e penal, pautado nos pilares da justiça, igualdade e fraternidade, tornando-se, desse modo, ferramenta adequada para a garantia e a proteção dos Direitos Humanos (AMARAL, 2011).

O juiz deve interpretar o sistema jurídico diante das realidades de seu ambiente, adequando-o, a fim de preservar os ideais da comunidade, assegurando, assim, a não

violação de todos os direitos e garantias fundamentais e a efetivação dos direitos humanos que a Constituição reconheceu com caráter geral em favor de todos.

1.2 Direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito penal

Os direitos fundamentais podem ser abordados através de três elementos: Estado, indivíduo e texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos. Para Dimoulis e Martins (2007, p. 26), “essas condições apresentaram-se reunidas somente na segunda metade do século XVIII”. Os autores sustentam ainda que, sem a existência do Estado, os direitos fundamentais não poderiam ser garantidos e cumpridos.

Por sua vez, Sarlet (2004, p. 79) aduz que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto e imediato:

Na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se que os direitos e garantias fundamentais podem ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas.

Dessa maneira, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana assume, a cada dia, papel mais importante no contexto do Estado Democrático de Direito. No passado, a humanidade sofreu com as omissões do Estado superadas na fase da História Mundial, após o advento da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas foram delimitados os poderes estatais, a fim de que os indivíduos convivam em um cenário de maior segurança, paz e dignidade (MORAES, 2003).

Ante a prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana, a soberania sofreu abalo e as sociedades internacionais se formaram e consolidaram, fazendo com que a comunidade jurídica relativizasse a primazia da soberania estatal quando colidida com direitos humanos. Desde então, o homem é sujeito de direitos tanto no direito interno quanto na esfera internacional (CHOUCKR, 2001).

Os direitos fundamentais possuem a função de elevar direitos de defesa dos cidadãos, representam normas de natureza negativa para os poderes públicos, visto que proíbem as ingerências destes na esfera individual, bem como detém o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que exigem omissões dos poderes públicos, a fim de evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (CANOTILHO *apud* MORAES, 2006).

Awad (2006) defende que o poder público, as instituições sociais e particulares, bem como a ordem jurídica, que não tratam com seriedade a questão da dignidade da pessoa humana, não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não levam a sério a própria humanidade.

Em verdade, no caso do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, apesar da necessidade de haver diálogo e interação entre este e o direito interno, o que prevalece é o silêncio e distanciamento. E isso se torna problemático, na medida em que as duas áreas do direito revelam o mesmo objeto e a mesma preocupação: reafirmar e resguardar o valor da dignidade da pessoa humana por meio dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2006).

Destaca-se que a preocupação com essa ausência de interação entre as duas esferas de proteção: dos Direitos Fundamentais, no plano interno, e dos Direitos Humanos, no plano internacional, deve ir além do direito material para ingressar, também, na seara do direito processual, não apenas em virtude de uma simples questão de cooperação, mas porque é dever do Estado, antes de dar efetividade aos Direitos Humanos, internamente, desenvolver os mecanismos procedimentais destinados à consecução desse desiderato, respondendo perante os órgãos da jurisdição internacional dos direitos humanos pelo não cumprimento (CARVALHO, 2015, p. 393).

As consequências do nazi-fascismo em termos de violação da dignidade da pessoa humana levaram à conclusão de que a proteção dos Direitos Humanos não deveria ficar mais somente a cargo de cada Estado individualmente, revelando-se tal questão como tema de legítimo interesse da comunidade internacional: “prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania” (PIOVESAN, 2008, p. 699).

Ademais, segundo Cançado Trindade (2008), nos últimos cinquenta anos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirmou como um ramo autônomo do Direito, dotado de especificidades próprias em que fica ressaltada a sua caracterização como um direito de proteção da pessoa: “trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos”.

Com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), os países dos continentes americanos signatários, incluindo-se o Brasil, passaram das declarações e intenções a afirmar tratados e vincular a matéria de Direitos Humanos no

seu ordenamento jurídico. Neste sentido, Paiva (2018, p. 48) considera que: “Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de ‘uma margem de apreciação’⁵ a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados a que – voluntariamente – aderiram”.

Nesse contexto, a audiência de custódia nada mais é do que uma garantia fundamental a partir das prisões, e em especial a prisão em flagrante, que tem sua previsão legal nos pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como possui Resolução do CNJ, de 15 de dezembro de 2015, autorizando a aplicação desse ato processual no país.

Os direitos fundamentais estão embasados na dignidade da pessoa humana, sendo este o princípio que deve nortear o Direito Penal, pois é preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar. O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade, demonstrando, assim, a necessidade de implantar a moderação ao poder do castigo (FOUCAULT, 2001).

Para Zaffaroni (2012), o grau e o número de violações das garantias mínimas e fundamentais denota uma operação do sistema criminal que deslegitima totalmente o discurso legal e criminal.

Nas considerações de Greco (2014, p. 14):

O Sistema Prisional agoniza, enquanto a sociedade, de forma geral, não se importa com isso, pois crê que aqueles que ali se encontram recolhidos merecem esse sofrimento. Esquece-se, contudo que aquelas pessoas que estão sendo tratadas como seres irracionais, sairão um dia da prisão e voltarão ao convívio em sociedade. Assim, cabe a nós decidir se voltarão melhores ou piores.

Nesse sentido, é possível afirmar que ao invés do sistema prisional ser considerado uma medida de segurança, aplacando o desejo de vingança da sociedade, torna-se o algoz dos presos, quando infringe os direitos fundamentais destes. Por conseguinte, os custodiados quando cumprem a pena voltam a delinquir, em 70% dos casos (CNJ, 2015).

Ademais, a privação de liberdade não é a alternativa mais adequada para a resolução dos conflitos sociais, pois todos os cidadãos tem o direito de serem livres.

⁵ A “teoria da margem de apreciação” baseia-se na subsidiariedade da jurisdição internacional e prega, “que determinadas questões polêmicas relacionadas com as restrições estatais a direitos protegidos devem ser discutidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las” (RAMOS, 2012, p. 92).

Contudo, caso seja estritamente necessária, a prisão deve ser aplicada com respeito à dignidade inerente ao ser humano (GRECO, 2014).

Diante dessa realidade surgem os “Direitos Humanos e Fundamentais”, isto é, valores morais, éticos e políticos, considerados por uma determinada sociedade referentes à pessoa humana, bem como, o direito à vida, à liberdade de expressão, o trabalho, alimentação, moradia, educação, ao meio ambiente preservado, dentre outros fatores comuns aos seres humanos. Sendo assim, os apenados possuem o direito à dignidade ou integridade física, não importa a gravidade do delito, todos eles devem ser respeitados.

E dentro dessa perspectiva surge a humanização do Direito Penal, através de propostas de reinserção para que o indivíduo possua condições para reintegrar-se no meio social, com o intuito de criar medidas menos repressivas, para que o infrator se recupere e volte à vida em sociedade. Desta feita, embora a pena seja necessária, deve priorizar a finalidade preventiva para propiciar a ressocialização (SANTANA, 2014).

1.3 O Direito penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais

O século XVIII representou um marco, uma mudança de referencial para todos os setores do pensamento e da produção cultural humana. Em resposta aos exacerbos e entraves representados pelo Estado Absolutista, os arquitetos da contemporaneidade visaram, sobretudo, à construção de um sistema de liberdades, em atendimento ao que naquele contexto mais se aspirava por justo. O Estado passou a conhecer limites no processo de conquista e afirmação da liberdade individual, em uma esfera tocante à autonomia e autodeterminação do cidadão, um âmbito excludente, totalmente imune à intervenção de terceiros – inclusive do aparato estatal (MOREIRA, 2010).

As ideias norteadoras de um Estado Democrático de Direito tornam-se fatores irradiadores de legitimidade para todos os ramos do Direito, o que se torna muito evidente no âmbito penal. E, diante de um contexto de reafirmação das garantias da liberdade individual em nível constitucional, obrigatório se concluir que:

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados (BARATTA, 2013, p. 146).

A consagração de garantias fundamentais de natureza penal e processual penal na Constituição brasileira parece estar em consonância com o modelo acusatório de processo, contido na teoria garantista desenvolvida por Ferrajoli (2002), principalmente diante da inclusão de alguns princípios claramente derivados de suas premissas de racionalidade, justiça e legitimidade de intervenção punitiva (ABREU, 2017).

Por outro lado, a posituação constitucional de Direitos e Garantias Fundamentais tem se mostrado insuficiente para a efetiva proteção dos Direitos Humanos no âmbito penal, pois, na maioria das vezes, a intervenção punitiva é realizada infringindo os valores basilares do Estado Democrático de Direito (DALABRIDA, 2006).

Como um instrumento necessário de poder (para criminalizar), não se pode ignorar que o processo também produz violência (BERGALLI apud LANFREDI, 2017) e isso afeta visivelmente a tranquilidade da pessoa sujeita a ela, de modo que a sua própria existência já é uma forma de penalização em si mesma (CARNELUTTI apud LANFREDI, 2017), pois novamente estigmatiza e até mesmo (re) criminaliza quem sofre (BINDER apud LANFREDI, 2017).

Para que não haja reprodução de violências, as punições devem respeitar os direitos fundamentais do cidadão preso. Foucault (2001) assevera que a lei deve tratar humanamente aquele que está submetida à prisão, fundada não na humanidade profunda que o criminoso esconde em si, mas no controle necessário dos efeitos do poder. O autor afirma que “em matéria de pena o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política” (FOUCAULT, 2001, p. 77).

Na contramão disto, “não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do Direito Penal mínimo” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 145). Destaca-se que, enquanto o modelo penal conservador busca o recrudescimento das penas e a vingança retributiva, o modelo penal garantista vislumbra uma funcionalidade potestativa racional, baseada na principiologia penal constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, culpabilidade, humanidade de penas, intervenção mínima e proporcionalidade.

Ocorre que a legitimação do Direito Penal não se dá necessariamente na vontade da maioria, mas na construção de um sistema racional de intervenção estatal que respeite as garantias individuais oriundas de um Estado Democrático de Direito.

O processo penal deve ser instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do cidadão submetido ao seu arbítrio, devendo inclusive coibir decisões que se pautam em medidas cautelares antecipatórias da pena:

De fato, a ilicitude com que se pode deparar no processo penal é sempre a ilicitude criminal. Existem outros tipos que às vezes são muito mais amplos e carregam uma penalidade muito mais indelével do que a ilicitude inerente ao crime. Muitas das decisões que podem ser adotadas no âmbito processual penal, como acontece com as medidas de precaução pessoais ou reais (para permanecer apenas com um único exemplo), medidas que deveriam ter eficiência em si, são ditadas, não poucas vezes, com um sentido objetivo e claro de condenação antecipada, algo que representa um abuso manifesto, excesso e violação clandestina de inúmeros direitos fundamentais (BIDART, 1998 apud LANFREDI, 2017, pp. 100-101).

Ferrajoli (2002) anuncia que a concepção positivista baseada apenas na legalidade formal leva a uma fundamentação do direito simplificada e mal formulada, confundindo validade com vigência. Destaca-se que esta perspectiva não é voltada ao Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Roxin (2006, p. 170) assevera que “sob a égide de um Estado Democrático de Direito as normas jurídico-penais devem perseguir o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, através da garantia de seus direitos fundamentais”. O Direito Penal deve manejar seus elementos a fim proteger os direitos fundamentais dos envolvidos na cena penal (HASSEMER, 1990).

De modo que “a valoração constitucional do Direito Penal implica sua leitura não somente como instrumento limitador da liberdade, mas, também, como instrumento da liberdade individual contra agressões provenientes do Estado ou de particulares” (PALAZZO, 1989, p. 18). O esforço de delinear um Processo Penal viável, justo e harmonioso é uma utopia, ainda mais num país como o Brasil, no qual se vivencia um contexto socioeconômico injusto. Dessa maneira, devemos concluir que dificilmente um controle social penal será justo, se se encontrar num contexto de uma estrutura injusta. A preocupação, portanto, é escolher entre se tornar cúmplice e potenciador dessa violência ou embarcar para reduzi-la (ZAFFARONI, 2001).

Neste sentido, vislumbra-se que o Direito Penal tem duas funções primordiais, a primeira de tutela ou de proteção, de natureza social que se traduz na proteção dos bens jurídicos considerados fundamentais em uma sociedade, por meio da ameaça de pena, a outra de garantia que consiste na proteção dos cidadãos contra eventuais abusos de dever de punir do Estado. Diante disso, o monopólio do Estado na aplicação da pena fez

surgir “a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista” (FERNANDES, 2005).

Quanto à função garantista do Direito Penal, esta revela uma política criminal onde prevalece o Direito Penal Humanitário, a fim de conter o poder punitivo estatal:

O garantismo que, partindo da proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, procede a sublinhar as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros, e acolhe, por sua vez, as tendências humanizadoras, expressa o estado até agora mais evoluído de desenvolvimento das atitudes político-criminais básicas, a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal, e constitui a plataforma necessária para abordar de modo realista e progressista os problemas teóricos e práticos do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2002, pp. 41-42).

Pensar em garantismo no Processo Penal implica em refletir sobre estratégias de tutela idôneas para aumentar ao máximo a proteção dos direitos humanos (LANFREDI, 2017). Isso significa remover todas as conseqüências do princípio da inocência em relação ao regime de liberação, eliminando todas as conseqüências possíveis do princípio da legalidade da evidência e das regras de exclusão, para defender verdadeiramente o princípio da paridade entre as partes, dar todo o alcance ao favor rei ou ao *in dubio pro reo* que em síntese expressa em um sentido amplo o princípio *pro homine*.⁶

Assim, constata-se que a audiência de custódia tem seu fundamento legal em normas contidas em Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e que são aplicáveis internamente.

Em síntese, a audiência de custódia viabiliza o contato da pessoa presa com o juiz pouco tempo depois de sua prisão. Diante disso, ao invés de ser encaminhado ao Poder Judiciário somente o auto de prisão em flagrante no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, como manda o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, o próprio preso será apresentado juntamente com o auto em flagrante.

Outra finalidade da audiência de custódia pode ser identificada no seu propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Tal finalidade demonstra que o processo penal – também – pode agir na contenção do poder punitivo. Esta, aliás, deveria nos trazer a noção fundamental: o Direito Penal e o Processo Penal se

⁶ Explica Zaffaroni (2000c, p. 17) que o princípio *pro homine* é próprio do direito internacional dos direitos humanos e impõe isso em face da dúvida, é sempre decidido no sentido mais garantido do direito em questão. Na verdade, é uma aplicação particular do princípio da boa fé do direito geral dos tratados quando eles correspondem a um ramo especializado de direito internacional.

distanciam do poder absoluto na medida em que serve como limite ao exercício do poder punitivo (SEMER, 2014, p. 10).

Implantada em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos tribunais em todos os estados brasileiros, a nova política do Conselho foi citada no relatório da Organização Não-Governamental *Human Rights Watch* por se tratar de uma iniciativa do Poder Judiciário que tenta solucionar as violações de Direitos Humanos que representam a superlotação no sistema carcerário, além da tortura e dos maus-tratos cometidos contra pessoas que são presas (CNJ, 2016).

Em verdade, a implantação da audiência de custódia trata-se de uma readequação do processo penal para alcançar a máxima efetividade dos Direitos Humanos, inserindo, assim, no ordenamento jurídico pátrio, por intermédio de Resolução ou Lei, a garantia de toda pessoa presa ser apresentada, sem demora, a um juiz competente.

1.4 Proteção à Dignidade da Pessoa Humana e o processo penal

A repersonalização do direito colocou o ser humano no centro dos direitos (CAPELLARI, 2011). Fundado no ser humano como centro de direitos houve o desenvolvimento dos direitos humanos, a sua proteção e os instrumentos de garantia que os Estados democráticos estabelecem em normas e princípios constitucionais proporcionam à sociedade a sensação de segurança quanto à proteção da dignidade. Neste contexto, o direito contemporâneo visa a garantir os Direitos Humanos, conferindo proteção aos administrados (ZISMAN, 2016).

Comparato (2005, p. 11), leciona que:

É a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é correlato à origem dos direitos humanos consagrados em nossa Lei Maior. Assim, podemos afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana se reflete em todos os ramos do direito, especialmente no direito penal (BEGALLI, 2010). Afinal, no Processo Penal “estão em jogo os direitos

fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro” (NUCCI, 2014, p. 338).

Para que o processo penal alcance o devido processo, este deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional (LOPES JR, 2016). Nesse sentido, Giacomolli (2014, p. 12) afirma que:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

A previsão normativa da garantia que toda pessoa presa em flagrante seja levada à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, através do instrumento processual conhecido no Brasil como audiência de custódia é encontrada em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)” (art. 7.5). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece que “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 (...)” (art. 9.3). E a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, garante que “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)” (art. 5.3).

Segundo Piovesan (2006, p. 43), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 “ao introduzir a concepção contemporânea de Direitos Humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos”. Prossegue explicando que:

A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

Desde a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil, em 1992, urge a necessidade de regulamentação e efetiva inserção da imediata apresentação de toda pessoa presa em flagrante a um juiz de direito, prática denominada de audiência de custódia.

São inúmeras as vantagens da realização da audiência de custódia no Brasil. A primeira é a adequação do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (CHOUKR, 2014). A audiência de custódia tem ainda a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, pois através dela se promove o primeiro encontro do juiz com o preso (LOPES JR; PAIVA, 2014).

Noutra senda, é bem verdade que, quanto à outra vantagem da audiência de custódia, qual seja, a prevenção e/ou punição da tortura contra a pessoa submetida à prisão, tem-se convicção que “a audiência de custódia não será capaz, isoladamente, de eliminar a prática de tortura por policiais” (PAIVA, 2018, pp. 50-52). Todavia, pode ser inibida, na medida em que as torturas subsistem à margem do sistema penal exatamente porque são nas primeiras horas após a prisão, quando o preso ainda não está constando como custodiado, é que sua integridade física pode ser comprometida.

Para o Processo Penal, a prisão decorre, em regra, de sentença condenatória transitada em julgado. A prisão preventiva, por sua vez, como qualquer outra medida cautelar pessoal, não deve ter caráter de satisfatividade, a fim de não se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena (YAROCHEWSKY, 2015). Zaffaroni (2012) propõe reconstruir o saber cautelar com o objetivo de prevenir massacres e isso exige vincular decisivamente o estudo do crime à teoria política. Assevera, ainda, que o sistema penal “só aos pequeninos aprisiona”, não atingindo “os ricos” e nem “os que mandam” (ZAFFARONI, 2001, p. 42).

Complementa-se que a descoberta de uma justiça penal-penitenciária com esse tom de desigualdade, portanto, classista, marginalizante e dirigida aos mais pobres agride a consciência de todos, ao tempo que fornece uma espécie de lacunas que justificam a necessária e essencial revisão dos papéis atribuídos aos agentes do sistema penal e suas próprias estruturas, com o propósito de que, funcionalmente, o resgate da dignidade dos "selecionados" e a redução da violência inerente a esse sistema sejam objetivos adequados para reverter essas sortes de injustiças (LANFREDI, 2017).

O número exacerbado de presos provisórios no Brasil não configura o ideal de um Estado Democrático de Direito e isso denuncia o total desrespeito pátrio com as

regras internacionais no que tange à primazia da dignidade da pessoa humana. Todo preso tem o direito fundamental de preso em flagrante ser conduzido ao juiz competente, no breve espaço de tempo.

1.5 Direito penal e sua função social

A criação das penas possui como função precípua equilibrar uma situação rompida pela prática de um delito, assim, o Direito Penal não é um mero aplicador desordenado de sanções, mas sim um garantidor de liberdades e direitos. Nesse sentido, cita-se a lição de Zaffaroni (2011, p. 173):

Referindo-se a um Direito Penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista.

É importante salientar, que muito embora a pena tenha passado por vários processos de desenvolvimento ao longo do tempo, não deixou por completo de possuir o caráter vingativo para se tornar preventiva. Nessa linha de intelecção, a ideia de prevenir o crime de maneira geral e especial funda-se em não mais ferir a dignidade humana. Nesse sentido, preleciona Beccaria (2003, p. 125):

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.

Para Badaró (2008), no caso da prisão em flagrante, essa situação é ainda mais importante, porque a medida não é fruto de uma prévia decisão judicial, na qual um sujeito independente e imparcial decide sobre a presença ou não do pressuposto e dos requisitos da prisão. Assim, a audiência da pessoa presa, com a realização de seu interrogatório, “integra o pressuposto constitutivo da medida cautelar”. Se não for realizada a oitiva do preso pela autoridade judiciária, como mecanismo de controle de um ato realizado a *non iudice*, a prisão será ilegal, posto que não terá sido convalidada de acordo com o procedimento previsto em lei.

Por outro lado, não há espaço para propor ressocialização onde apenas dessocialização existe e as condições mínimas para o desenvolvimento da própria pessoa não são garantidas (LANFREDI, 2017).

O Direito contribui para assegurar, reproduzir e legitimar as relações de desigualdade que caracterizam as sociedades modernas, inclusive, na desigual distribuição de recursos e de poder - consequência visível do modo de produção capitalista (BARATTA, 2013).

Dentro de um contexto de compreensão dos juízes na interpretação sociológica da realidade como redescobrimto do direito, Lanfredi (2017) apresenta a regra de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que estejam relacionados ao regime e aos princípios adotados pela própria Constituição, ou tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, §2.º da CF/88). Desta feita, segundo o autor, por ser uma norma (de ordem constitucional) aberta, pode lançar mais luz sobre o trabalho exegético que ilumina um ponto de contato entre os juízes e a realidade, para que eles possam enfrentar este através de uma interpretação e justificação do direito que os forcem a cumprir, materialmente, uma função social (apenas o que legitima o poder jurisdicional como Poder do Estado).

Noutro contexto, Baratta (2013) assevera que, a eficiência penal reflete exclusivamente o pedido de legitimação de uma lei penal da emergência. Ocorre que quanto mais incisivos forem os instrumentos de investigação na persecução penal, maior será a necessidade de o Estado desenvolver garantias protetoras ao acusado na aplicação da pena.

Para Queiroz, (2001, p. 95):

Enfatiza-se a distribuição desigual do sofrimento, posto que o direito penal, estando assentado sobre uma estrutura social profundamente desigual, recruta inevitavelmente sua clientela entre os mais débeis. Não estando, enfim, fora ou além dessa estrutura social, de que é parte integrante, em que as oportunidades e o acesso à riqueza não se dão equitativamente, produz e reproduz desigualdades sociais reais, apesar da igualdade formal.

Nesta ótica, Prado (2004, p. 522) afirma que:

A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

No Estado Constitucional de Direito para se aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previsto na Constituição. Aliás, no Brasil, após longa e lenta evolução, a Constituição Federal, visando proteger os direitos de

todos aqueles que estão em território nacional, coibiu a cominação de penas que ofendiam a dignidade da pessoa humana, bem como se distanciavam de sua função preventiva (GRECO, 2014, p. 469).

Nesse cenário, o Estado só encontra-se legitimado a usar seu poder-dever de punir em face do infrator se o fizer respeitando os limites interpostos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. E assim agindo, poderá cumprir a função social da pena, para tanto, deve respeitar os princípios inerentes ao processo penal, dentre eles o da legalidade, igualdade, intervenção mínima, dignidade da pessoa humana, inocência, dentre outros, devendo levar em conta ainda, as desigualdades sociais enraizadas na sociedade brasileira e investir preventivamente para a sua diminuição, por meio de investimentos na educação, saúde, bem-estar da população.

1.6 Sistema carcerário brasileiro

No Brasil, segundo o CNJ (2016), existem 726.712 mil presos⁷, dentre os quais 40% são provisórios⁸, ou seja, aproximadamente 292.450 mil pessoas estão presas sem terem sido julgadas e condenadas. Evidenciando-se, assim, conquanto a prisão preventiva seja exceção no ordenamento jurídico pátrio, essa vem se tornando regra, em virtude da banalização das prisões cautelares.

Ainda predomina no país o paradigma punitivo da segurança da ordem em detrimento dos direitos, criando uma polarização, de um lado, a sociedade, “o Poder Judiciário e o Ministério Público” e de outro, o acusado, que acaba sedimentando a ideia de um direito penal e processo penal do inimigo, além da banalização das prisões (OLIVEIRA NETO, 2016, pp. 61-80).

Para Zaffaroni (2011), o Direito Penal sempre justificou e legitimou – com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) – o tratamento de algumas pessoas como inimigo. Contudo, trata-se de um erro, à medida que, por ação ou omissão, o direito penal admite e legitima o tratamento de uma pessoa como não pessoa, retirando a extensão dos direitos inerentes ao ser humano. Este fato constitui a contradição quase constante entre a doutrina jurídico-penal e o princípio do Estado de direito.

⁷ Segundo o INFOPEN (2017), neste número não se contabilizam as pessoas que se encontram em prisão domiciliar, bem como as monitoradas eletronicamente.

⁸ Preso provisório é aquele que é alvo do flagrante policial, em geral por roubo, furto e tráfico de drogas.

Noutra ótica, Ferrajoli (2002, p. 575) fundado no direito penal mínimo, compara os crimes com as contravenções penais, afirmando que estas últimas deveriam ser despenalizadas, pois os bens jurídicos nelas previstos não são tão importantes para serem protegidos pelos tipos penais que preveem os delitos, e por esta razão os bens nelas previstos deveriam ser protegidos por outros ramos do Direito. Trazendo, nesta ideia, um critério de despenalização idôneo a satisfazer o princípio de necessidade ou economia do Direito Penal.

Lanfredi (2017) assevera que a privação de liberdade possui o objetivo de permitir que o indivíduo que ofendeu a ordem pública possa refletir e ponderar sobre o erro, bem como receber do Estado orientações que possibilitem o seu retorno à sociedade. Ocorre que, a realidade é outra, pois nas penitenciárias e presídios brasileiros, os presos cumprem suas penas em celas superlotadas. E assim ficam sujeitos a péssimas condições de higiene, a torturas e outras violações, o que coopera para frequentes rebeliões, denotando o total abandono.

Soma-se a isso o risco de uma condenação errônea, como ressalta Greco (2014, p. 79):

A falha de um julgador na seara penal pode conduzir ao cárcere uma pessoa inocente, ou mesmo deixar impune outra que merecia ser condenada. Em ambas as hipóteses, a justiça não é concretizada. Por outro lado, mesmo que alguém tenha sido condenado pela prática determinada da infração penal, se a sua pena ficar aquém ou mesmo além de sua culpabilidade, isto é, do juízo de reprovação que deverá, obrigatoriamente, recair sobre seu comportamento também não terá sido realizada a justiça. Se o réu foi, tão somente, condenado a uma pena privativa de liberdade, colocá-lo em local que esteja considerado indigno a qualquer pessoa, sem as condições mínimas necessárias de sobrevivência, também pode ser considerado injusto.

Dalabrida (2006) aduz que há necessidade de se minimalizar a truculência implícita ao sistema punitivo, através da aplicação de uma teoria base que se comprometa com a defesa intransigente dos valores humanitários inscritos na Constituição da República e em Pactos Internacionais de proteção à pessoa humana, eficaz para impedir o exercício arbitrário dos poderes punitivos por parte do Estado, limitando-o por meio dos ditames das normas garantidoras dos Direitos Fundamentais.

A manutenção do atual sistema punitivo representa um agravamento da situação, pois o número de presos excede o de vagas. Dessa forma, os cárceres estão superlotados, não tendo suporte para abrigar tamanha quantidade de detentos. Constata-se que o Brasil adota o método de encarceramento em massa para combater a

criminalidade, contudo, as condições desumanas do sistema prisional punem duplamente o autor do delito. Existem falhas no sistema de Justiça Criminal brasileiro, “já que é necessário julgar para castigar, mas também castigar para julgar” (CARNELUTTI, 2001, p. 36).

Para Ferrajoli (2002), a prisão tem se convertido no sinal mais evidente da crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração num mecanismo diretamente punitivo. Diante deste contexto, faz-se necessário buscar alternativas, a fim de modificar a realidade do sistema prisional brasileiro.

À vista disso, a realização de audiências de custódia pode se apresentar como uma das soluções para atenuar a desproporcionalidade entre o plano prático e teórico dos direitos humanos. As audiências de custódias deve ser medida para o desencarceramento, este é o seu propósito, para tanto os operadores do direito precisam quebrar a cultura do encarceramento em massa, e visualizar o preso como detentor de direitos e garantias fundamentais.

A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, neste ato processual se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

Segundo Paiva (2018), a audiência de custódia consiste na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, principalmente a presença de maus tratos ou tortura.

A audiência de custódia é considerada uma hipótese de acesso à jurisdição penal, na qual se busca, também, fazer valer a regra do Princípio da Excepcionalidade, pelo qual a prisão cautelar deve ser tratada como *ultima ratio*, ou seja, como a última punição atribuível ao caso.

Lopes Jr. (2016, p. 817) afirma que:

A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam.

É nesse cenário de alta complexidade do sistema penal que Zaffaroni (2012, p. 29) assevera que o Direito Penal atual também não é legítimo, porque nada faz contra um “incrível número de sequestros, homicídios, torturas e corrupção” “cometidos” por “funcionários” do “Sistema Penal”. As torturas feitas pela polícia ficam sem punição. Os abusos policiais ficam impunes.

A efetivação e internalização da audiência de custódia vêm ao encontro do respeito da dignidade da pessoa humana, a humanização da pena, adequação do Direito Pátrio aos Direitos Internacionais da Humanidade.

Desse modo, a temática da audiência de custódia é pertinente e essencial à efetivação do respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, pelo Brasil, o qual é signatário da CADH e do PIDCP. Assim, a Resolução 213 do CNJ, e o Ministério da Justiça têm a garantia legal para efetivar esse importante mecanismo de cidadania denominado audiência de custódia.

1.7 A função do processo penal no Estado Democrático de Direito

A identificação da função do processo penal no Estado Democrático de Direito decorre do fato de que quando houver violação de uma norma penal, o Estado brasileiro domina o poder de aplicar uma sanção previamente estabelecida, investigar e punir o transgressor da lei, a fim de proteger a sociedade, mas, sobretudo, aquele que está sendo acusado.

A acusação está longe de ser uma perspectiva puramente regulamentar, pois as ideias de penalidades e castigo estão correlacionadas ao objeto do Processo Penal (TEDESCO, 2007 apud LANFREDI, 2017). Para Lanfredi (2017), o que diferencia o Processo Penal da realização da justiça privada é a obrigação de o Estado zelar pelas garantias processuais fundamentais daqueles que forem submetidos às agências do Sistema Penal.

Para Foucault (2001), a partir do século XVIII, o Estado concebeu um novo modelo para o exercício do poder de punir, o qual não significou punir menos, mas punir melhor, com severidade moderada, levando-se em consideração a universalidade e necessidade da punição.

No exercício da punição estatal destaca-se o princípio da jurisdição, que postula a presunção de inocência do acusado até que haja provas em contrário sancionadas pela

sentença final de condenação, sendo esta a primeira e fundamental garantia que o Processo Penal assegura ao cidadão (FERRAJOLI, 2006 apud LANFREDI, 2017).

Segundo Lopes Junior (2010, p. 21), tal função do Estado é também denominada de princípio da necessidade do processo penal em relação à pena, pois quando há uma transgressão do ordenamento jurídico-penal impõe utilização do "processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor". Ademais, almeja-se um Direito Penal constitucionalmente orientado, subsidiário e garantidor dos direitos fundamentais (DIAS, 1999).

O Direito Penal atravessa uma fase de expansão, na qual surgem novos tipos penais e os já existentes passam por reformas, sendo frequente a previsão de penas exacerbadas e a punição de crimes de perigo, num ritmo frenético (LEMES, 2014). Cabe destacar que em um passado recente as alterações na legislação penal eram feitas moderadamente, através de intensas discussões políticas e técnicas até entrar em vigor. Atualmente essas mudanças ocorrem no cotidiano, sendo inseridos novos conteúdos e efetuadas reformas em setores de regulação já existentes.

Para Sánchez (2002, pp.142-143):

Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor dada as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente, penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade.

Surge assim o Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Jakobs, que se trata de uma Política Criminal que reconhece a existência de dois tipos de sujeitos passivos no Direito Penal moderno: os praticantes da criminalidade tradicional, aos quais se aplica o Direito Penal do cidadão, e o dos autores de crimes graves, aqueles que atentam contra a estrutura da sociedade como um todo, que devem receber tratamento penal diferenciado (GOMES, 2007), em virtude de revelarem uma natureza de “inimigos da sociedade” o Estado flexibiliza as garantias penais e processuais penais destes, e resgata a pena privativa de liberdade (SALIM, 2009).

Bonho (2006), por sua vez, ressalta que a flexibilização das garantias individuais e das regras de imputação, é o preço pago por Direito Penal funcional, com intenção de atender e mitigar o sentimento de insegurança social.

Ocorre que, ao revés, quando se fala em Estado Democrático de Direito, reclama-se o direito penal mínimo, ou seja, um Estado que puna assegurando aos acusados os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, pautado no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que o minimalismo penal não tem a pretensão de abolir o Direito Penal, mas apenas reduzir o *jus puniendi* do Estado, aumentando as garantias penais do cidadão, protegendo-o de teorias radicais, como a do Direito Penal do Inimigo.

O juiz crítico deve romper com as categorias permanentes que costuma gerenciar e principalmente saber que seu poder é reagir contra essa ordem das coisas. Para isso, sua intervenção será realizada recompondo o senso social da norma criminal, negando os estereótipos e os preconceitos de uma concepção etiológica do crime e do criminoso para admitir, apenas, um Direito punitivo mínimo (LANFREDI, 2017).

Para Conde (2000), o Processo Penal de um Estado de Direito não deve apenas alcançar um equilíbrio entre a busca da verdade e a dignidade do acusado, mas, sobretudo, deve compreender a verdade não como absoluta, devendo, portanto, fundamentar a sentença somente no que restar comprovado no procedimento.

Constituir o processo penal como garantia ao acusado é muito mais do que um desejo de ver efetivados os direitos fundamentais do cidadão, visto que cada vez mais há diminuição do Estado no social, na educação, na saúde, na política de segurança pública, por um lado, e um aumento de recursos nos sistemas punitivos, de outro, pois “há uma decuplicação dos orçamentos e da pessoa das administrações penitenciárias, promovidas ao patamar de terceiro maior empregador do país, enquanto as despesas sociais sofrem cortes profundos” (WACQUANT, 2007, p. 14).

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não é instrumento de repressão ou opressão, ao revés, exerce uma função regradora das relações sociais, através da aplicação de penas que visem unicamente coibir as ações nocivas e estimular as condutas lícitas, satisfazendo deste modo o anseio coletivo, contribuindo para a pacificação social.

Assim, o ato de punir não deve entendido como sinônimo de desprezar, diminuir, insultar, agredir, humilhar, torturar, desonrar, desqualificar, ferir ou matar. O Estado deve, ao contrário, garantir os direitos fundamentais do acusado, dado que se trata de um ser humano que em virtude de ter um processo penal em seu desfavor encontra-se custodiado pelo ente público, o qual detém exclusivamente o direito de

punir, devendo, por isso, ser o guardião dos direitos fundamentais da pessoa submetida da pessoa humana.

Aliás, em razão das consequências gravosas do Direito Penal, este deve restringir sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais relevantes e necessários à vida em sociedade. Assim sendo, o Poder Legislativo ao elaborar a lei deve selecionar as condutas que disciplinadas por matéria penal. Surge então o princípio da intervenção mínima, a fim de limitar o poder punitivo do Estado (GRECO, 2014).

O conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas ficaria incompleto se não fosse acompanhado pelo conjunto subsidiário das garantias processuais de presunção de inocência até prova em caso contrário, separação entre acusação e juiz, ônus da prova e direito de defesa do réu (FERRAJOLI, 2002). Diante disso, ressalta-se que ao Direito Penal mínimo corresponde um Direito Processual Penal garantidor.

1.8 Monopólio jurisdicional

O Direito é um instrumento da vida social cuja missão é redefinir conflitos. Assim, qualquer manifestação do Direito afetará o conflito que foi chamado a intervir, seja evitando-o ou regenerando-o (LANFREDI, 2017). Nesse caminho, o Direito Penal reflete e projeta um dos conflitos mais angustiantes para o indivíduo aquele que afeta sua liberdade e propõe elucidá-lo por meio de um procedimento que muitas vezes não logra êxito em evitar a reprodução da violência encontrada no conflito.

Assim, a estrutura do processo deve minimizar o risco de erro ao mínimo possível, evitando o sofrimento injusto que decorre dele (CARNELUTTI, 1971 apud LANFREDI, 2017), como prisões desnecessárias e prolação de sentenças penais condenatórias sem provas sólidas para a formação do convencimento do juiz.

O monopólio da força legítima estatal está no cumprimento das leis, primeiro para o Estado, como dever, e para o indivíduo como responsabilidade, entretanto, os direitos fundamentais do cidadão somente se efetivam no instante em que o poder repressivo, cumpre com seu papel, por intermédio de seus agentes (ZAFFARONI, 2001).

Para Zaffaroni (2011), a característica diferenciada do poder punitivo é o confisco do conflito, pois há usurpação do lugar de quem sofre o dano, redirecionando a pessoa lesada ou vítima à condição de puro dado para a criminalização. Hulsman (2004,

p. 46) afirma que “a primeira característica da organização social da justiça criminal é a posição extremamente débil ocupada pelas ‘vítimas’ neste modelo de referência”.

Segundo Nucci (2009, p. 61):

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo igualmente para impor limites à atuação punitiva estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual.

Karam (2004) assevera que o Estado de Direito, que traz em sua essência a submissão à lei, não só de seus habitantes, mas, principalmente, dos que exercem o poder com vista a garantir os direitos e a dignidade de cada indivíduo, contrapõe-se ao Estado Policial, em que seus habitantes se subordinam ao poder. O poder punitivo, por suas violências, seletividade e irracionalidade intrínsecas, situa-se no campo do Estado policial, constituindo uma de suas manifestações que maiores riscos traz ao pleno desenvolvimento do Estado de Direito.

Em relação ao tema, Zaffaroni (2011) afirma que os Estados de Polícia jamais desapareceram, as premissas concernentes aos Estados de Direito serviram apenas como contenção, mas não como fim. Para o autor, no interior de todo o Estado de Direito existe um Poder Executivo que por vezes escapa dos controles que lhe são impostos, principalmente no que se refere à atuação das agências ligadas diretamente à execução do poder punitivo.

Diante da violação do direito à liberdade e do risco de violência na aplicação da pena, deve-se conceber a prisão como último recurso a ser utilizado pelo Estado. Para Bitencourt (2011), a prisão apesar de martirizante tornou-se imprescindível para a reparação do delito. Nucci (2010), por sua vez, define a pena de prisão como uma sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito cometido e prevenção a novos crimes.

Assim sendo, vê-se que a pena tem duas funções: a preventiva, antes do cometimento de crimes, fundada na necessidade do grupo social, e a retributiva, após o crime, a fim de reparar ou compensar o crime. Neste sentido, é a definição de Melo (2008, p. 1):

A pena exerce duas funções: a função preventiva e a função retributiva. A primeira tem como premissa a de que a prevenção geral é tanto mais eficiente quanto maior é a certeza da punição e a segunda é a de que a finalidade da

pena é o restabelecimento da ordem violada pelo delito, na medida em que a pena deve ser proporcional ao crime cometido.

Sobre o tema, exemplificou Colares (2012):

Entendemos que a aplicação do processo penal não serve ao réu, mas sim a toda a sociedade (inclusive ao réu), para esclarecer a existência ou inexistência de um determinado crime. Se de um lado a persecução penal é um mal, em si mesmo, para o réu, de outro, pode ser um mal necessário, caso o crime realmente exista e o acusado seja o seu autor. Será imperativa a aplicação da pena para “reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”, e neste contexto o processo penal é o único instrumento aceitável para se chegar a este objetivo.

Nas palavras de Lanfredi (2017) o papel do juiz de "garante de garantias", mesmo que pareça redundante, tem como objetivo fortalecer e exigir, da maneira mais específica possível, o respeito pelos direitos fundamentais. O Direito Penal de garantias é inerente ao Estado de direito por suas garantias processuais penais e penais constituírem os limites do Estado de polícia, pois retratam àquele (ZAFFARONI, 2011).

O processo penal não pode tolerar ou estimular as discrepâncias sociais de submissão daqueles considerados mais vulneráveis àqueles que possuem ou exercem algum poder (LANFREDI, 2017). Assim, o Estado deve punir os infratores, ou descumpridores das normas, porquanto é detentor do *ius puniendi*, inobstante, deve fazê-lo comedidamente, respeitando o princípio do Direito Penal mínimo, os direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, o princípio da inocência, da celeridade processual, tratando, por consequência, a prisão como exceção, e levando em consideração a máxima liberdade ao cidadão, ainda que este esteja submetido a um Processo Penal.

Diante disso, o direito de punir do Estado apesar de ser legítimo não pode ser interpretado como licença para desrespeito aos ditames da justiça, ao contrário, o indivíduo deve receber como resposta à sua delinquência apenas o que for necessário para reprovação de sua conduta delituosa.

1.9 Teoria do garantismo penal

A missão do Processo Penal consiste em estabelecer se o acusado é inocente ou culpado, e para isso é necessário minimizar o risco de errar o caminho, na tentativa de se descobrir a verdade dos fatos. E neste caminho, deve-se respeitar a pessoa do

acusado, o qual não deve ser considerado culpado enquanto não for condenado por sentença definitiva. Na realidade, o respeito ao réu e até ao condenado é uma condição para a civilização (CARNELUTTI, 2001).

Para Lanfredi (2017), o juiz deve ser imparcial e independente, durante a instrução criminal, devendo agir sem preconceitos, ambiguidades ou mesmo partidarismos, orientado objetiva e exclusivamente pela proteção contínua, e específica, das liberdades em geral, preservando as garantias constitucionais inerentes à ação penal.

Diante dessa crise de legitimação do direito penal, a sua credibilidade pode ser resgatada através de um processo penal de garantia. Assim, pensar em garantismo no Processo Penal é refletir a respeito de estratégias de tutela idôneas para aumentar o máximo a proteção dos Direitos Humanos.

O termo garantismo exposto por Ferrajoli tem ligação com o princípio da legalidade estrita, da materialidade e lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes, da ampla defesa, da presunção de inocência, entre outros, buscando aproximar o conceito de validade do conceito de efetividade (ALVES, 2010; FERREIRA, 2010).

O garantismo jurídico-penal implica o reconhecimento de que o direito penal é um entre vários mecanismos de prevenção de delitos, que só pode ser invocado diante dos fracassos dos meios extrapenais, preconizando o mínimo de intervenção possível somado ao máximo de garantias das liberdades e dos demais Direitos Fundamentais (DALABRIDA, 2006).

O garantismo é um direito penal mínimo, em outras palavras, é o máximo de bem estar para o não delinquente (liberdade total) e o mínimo de mal estar para ele (na medida em que deve ser retirada parte de sua liberdade). O Direito Penal Mínimo exclui a tipicidade das condutas que se encaixam no tipo penal, mas que não violam o ordenamento jurídico por tratar com irrelevância a conduta praticada junto ao bem jurídico tutelado.

A perspectiva epistemológica do garantismo configura um modelo ideal em condições de identificação da conduta criminosa e que, ao mesmo tempo, esteja preparado para garantir o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do julgamento, limitando o poder punitivo e estendendo a tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002).

Em verdade, o garantismo consiste em um sistema jurídico criado originalmente para tutelar os direitos fundamentais no processo penal e referidos direitos representam

os valores, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência do Estado Democrático de Direito.

Para Carvalho (2003, p. 81), a teoria garantista traduz um “saber crítico e questionador, como instrumento de defesa radical e intransigente dos direitos humanos e da democracia contra todas as deformações genocidas do direito e do Estado contemporâneo”.

Nesta ótica, o Garantismo Penal presta-se a assegurar os ditames da Constituição, tornando o juiz um precursor da obediência aos princípios fundamentais da legalidade estrita, da culpabilidade, da lesividade, da presunção de inocência, do contraditório, do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito.

Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos (integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista (FISCHER, 2009).

Insta ressaltar que a proteção dos acusados é o valor fundacional e justificante da existência do direito processual penal e do poder de julgar e punir, concebido como garantias do inocente. Nesta seara, o paradigma político-criminal garantista, tem por fim manter o controle social, contudo enxerga as mazelas sociais gestadas pelo sistema punitivo (oriundas do cárcere e de toda a estrutura punitiva), reduzindo, assim, a atuação penal do Estado ao mínimo necessário, com este atuando como garantidor desta política e protagonista destes processos. Denota-se ainda que, o Direito Penal Mínimo é corolário do Garantismo Penal.

A teoria do Direito Penal mínimo defende a necessidade de adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado, de modo que o Direito Penal só intervenha quando realmente a lesão ao bem jurídico assim recomendar, bem como quando a lesão não seja passível de reparação pelos outros ramos do Direito. Para Queiroz (1999), a intervenção do Direito Penal deve ser mínima, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica caso constitua meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

O fato de o Direito Penal lidar com a liberdade, um dos mais importantes bens jurídicos, obriga-o a dispor das máximas garantias individuais. Ocorre que, apenas

formalmente esse ramo do direito restringe-se à privação da liberdade, pois na prática, sua ação afeta ainda outros bens jurídicos importantes, tais como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, sendo frequentes homicídios, crimes sexuais, agressões, no sistema prisional (CALLEGARI, 1998).

O garantismo jurídico, concretizado através do direito penal mínimo, encontra respaldo no sistema acusatório, no qual o juiz é separado das partes, o juízo como uma contenda entre iguais deflagrada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, resistida pela defesa em um juízo contraditório, oral e público, resolvida pelo juiz com base em sua convicção (PRADO, 2001).

Gomes (2016) entende que o garantismo configura um sistema indispensável para limitar o poder penal estatal, garantindo aos réus o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais dentro do processo penal e fora dele, pois independentemente dos erros cometidos ou não pelos acusados, eles são sujeitos de direito e devem ser tratados com respeito e dignidade pelo Estado. Assim, o respeito às garantias fundamentais e às condições do ser humano consistem em alguns dos fundamentos mais valiosos do Estado Democrático de Direito.

2. CRIMINOLOGIA CAUTELAR DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Brasil é o terceiro país no mundo em taxa de encarceramento com mais de setecentas mil pessoas presas (INFOPEN, 2016). O país está à frente da Rússia, atrás apenas dos EUA (1º) e da China (2º) em número de encarcerados. Frisa-se que para se chegar ao número de encarceramento nacional, considera-se o fato de que o Brasil figura como o quinto país mais populoso do mundo, com 202.409.273 habitantes (FRANCISCO, 2019), atrás apenas da Indonésia (4º), dos EUA (3º), Índia (2º) e China (1º). Nada obstante, a análise das estatísticas sobre as taxas de encarceramento, do perfil do preso e a natureza de sua prisão, retrata um país detentor de um sistema penal seletista, punitivista e autoritarista (BARBOSA, 2015).

O cenário do sistema penal do Brasil demonstra que o país registra aceleração do encarceramento, pois se tornou o único, entre os quatro países que mais prendem no mundo, que elevou a taxa de aprisionamento, enquanto os outros países apresentaram redução do número de presos por cem mil habitantes (PAIVA, 2018).

Segundo o INFOPEN (2014), o crescimento acelerado da população carcerária brasileira, na contramão da trajetória dos demais países de maior contingente prisional do mundo; a presença de presos condenados na ampla maioria dos estabelecimentos destinados a presos provisórios (84%) e a alarmante taxa de ocupação dessas unidades (1,9 presos por vaga em média); a informação de que a maioria dos presos provisórios está detida por prazo superior à duração razoável do processo (60% estão custodiados há mais de 90 dias); e a situação de extrema superlotação em dezenas de estabelecimentos prisionais, que abrigam quatro pessoas ou mais por vaga disponível (63 unidades), representam dados essenciais para a leitura e a problematização de nosso sistema prisional.

Em verdade, o Brasil registra um elevado número de prisões, em razão de uma política criminal seletiva de perspectiva interacionista (MOLINA; GOMES, 2002), abrigando uma massa populacional pobre, sendo que 40% desta compõem-se por pessoas presas provisoriamente, através de sentença condenatória recorrível, como se vê no gráfico abaixo. Insta ressaltar que na Bahia este índice é ainda mais alarmante, pois 64% dos presos são provisórios, ademais, o estado possui mais presos que a capacidade em 70% de presídios nacionais; tais índices revelam que o país fere frontalmente os parâmetros dos organismos internacionais de direitos humanos (BARBOSA, 2015a).

Ante esta realidade, oriunda de um sistema de seletividade punitiva, desponta a ideia da audiência de custódia que representa o combate à superlotação carcerária e a disseminação da tortura das pessoas presas. As finalidades da audiência de custódia no Brasil são humanizar o Direito Processual Penal; prevenir os maus-tratos e a tortura das pessoas privadas de liberdade; evitar prisões ilegais ou desnecessárias (PAIVA, 2018).

2.1 A Epistemologia Político-Criminológica da Audiência de Custódia

A epistemologia pode ser conceituada como estudo crítico das ciências, que tem por escopo determinar a origem lógica e o valor destas, em outras palavras, é a ciência que cuida da teoria do conhecimento e de sua validade (BARBOSA, 2015). A epistemologia jurídica, por sua vez, examina os fatores que condicionam a origem do direito, e tem como um dos seus objetivos tentar definir o seu objeto.

A audiência de custódia não nasce no cenário jurídico separada de uma contextualização na teoria do processo penal, ao tempo que a teoria do Processo Penal não se erige senão a partir de uma considerável carga de ideologia. Diante disso é possível afirmar que não há neutralidade no Processo Penal, porquanto este é pensado a partir deste diálogo da teoria com a prática, o qual é intermediado pela ideologia. Partindo dessa premissa, delimita-se dois marcos teóricos da audiência de custódia, quais sejam: 1) o Processo Penal como instrumento de contenção do poder punitivo; e 2) a superação do enclausuramento normativo interno como abertura aos Direitos Humanos (PAIVA, 2018).

Segundo Paiva (2018), por muito tempo se afirmou que o processo penal era o conjunto de atos praticados sequencialmente a fim de viabilizar a execução da lei penal. No entanto, no Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais, e principalmente do processo penal, é a contenção do poder, vez que este só se justifica como empecilho à opressão (CASARA, 2014). Evidentemente que limitar o poder punitivo não quer dizer consentir com a impunidade, e sim pugnar pelo respeito às regras processuais, constitucionais e convencionais que disciplinam a atividade do sistema da justiça criminal⁹. Nesse contexto, emergiu a audiência de custódia,

⁹ Em síntese, assim afirma Grinover (2013, p. 39): “Mas o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. Ele funciona também (e até primacialmente) para a garantia do acusado (...)”.

potencializando a função do processo penal (e da jurisdição), como um instrumento de proteção dos Direitos Humanos.

Para Fernandes (2005, p. 6), o segundo marco teórico da audiência de custódia, que é o de superar o enclausuramento normativo interno, teve duas linhas de elaboração das normas processuais penais das convenções e dos tratados internacionais:

A primeira produziu regras de proteção dos direitos humanos com a intenção de estabelecer paradigmas para o processo penal justo; a segunda assinalou regras de matiz repressivo com o escopo de estimular os Estados a Instituírem preceitos destinados à persecução eficiente de determinados tipos de crimes.

Soma-se a isto, o fato de que a pirâmide normativa não se esgota na Constituição Federal, haja vista que a centralidade dos direitos humanos internacionalizou a jurisdição, e assim o fazendo, obriga todos os magistrados façam o controle de constitucionalidade das normas, bem como o controle de convencionalidade¹⁰ (PAIVA, 2018).

Em detida análise a este marco teórico, vê-se que os operadores do direito não estão habituados ao discurso dos direitos humanos, indicando a problemática do desconhecimento, tanto da Teoria do Direito como da Sociologia. Todavia, podemos afirmar que a crítica desferida em face da retirada da soberania dos Estados com o objetivo de que estes respeitem os Direitos Humanos só pode partir de quem não está acostumado com regras mínimas de convivência, que estão previstas no plano da normativa internacional.

No que tange aos juízes, espera-se que sejam igualitários, descortinando os horizontes, compreendendo os processos de criminalização, bem como dominando as noções de sociologia e criminologia, pois condenar e punir faz parte do contexto democrático, mas garantir direitos também. Dentro desta perspectiva não se pode tolerar que a vingança seja aceita em nome de uma 'legalidade', afinal quando o magistrado se mostra indiferente às violações dos Direitos Humanos, este quadro se torna um suplício ao acusado, todavia, no Estado Democrático de Direito o juiz deve ser o de garantias.

Para Lanfredi (2017) o ideal de um justo processo penal, concebido sob a perspectiva daqueles que têm algum papel relevante, deve ser uma realidade que afeta, diretamente, a maneira de fazer a verdadeira justiça, sendo em verdade, retributiva,

¹⁰ Para Marinoni (2013, p. 66), este exercício do controle de compatibilidade das normas internas com as convencionais nada mais é que um dever do juiz nacional, o qual deverá ser realizado através de requerimento da parte ou de ofício.

sobretudo porque revela os papéis dos sujeitos processuais, seus perfis e compromissos sócio-políticos.

Complementando esta ideia Lanfredi (2017) afirma que o juiz de garantias é colocado em evidência no processo penal, e neste deve ponderar e confrontar diversos acontecimentos ao longo da instrução criminal, pois se faz necessário o exercício da ação do Estado de verificar a suspeita, procurar a verdade e armazenar o material probatório, para a preservação de todos os Direitos Humanos constitucionalmente ou internacionalmente previstos a favor da pessoa investigada e da vítima.

Ante tais ponderações, torna-se cristalino que houve um avanço dos direitos individuais, os quais, por sua vez, estão ligados aos direitos humanos e estes devem ser garantidos a todo ser humano, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica. Este progresso foi apontado por Ferrajoli (2002, p. 54), o qual afirma que “a história do constitucionalismo é a história da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos”. Certifica-se, assim, que a implementação das audiências de custódia é um desses avanços e, por conseguinte, restrição do poder estatal, e em virtude disso alguns resistem e se opõe a esta (SCHIETTI CRUZ, 2018).

O conteúdo normativo dos Direitos Humanos entendido nessa concepção histórico-social excede, portanto, suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais, assim como a ideia de justiça sempre transpassa suas conquistas na lei, bem como indica o caminho para a realização da ideia de homem, isto é, do princípio da dignidade humana (BARATTA, 2005).

2.2 A apresentação do preso antes da audiência de custódia

Para Andrade e Alflen (2016), uma das primeiras movimentações legislativas em prol do que se assemelharia à audiência de custódia se deu antes mesmo da ratificação daquela Convenção por parte do Brasil, e da própria Constituição Federal atual (doravante, CF), pois o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965) determina a imediata apresentação judicial de toda pessoa presa, em flagrante ou não, para que seja averiguada a legalidade daquele ato¹¹.

¹¹ Artigo 236, § 2.º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

Ocorre que, na prática, a forma de apresentação judicial imediata do sujeito preso, referida no Código Eleitoral, vem sendo interpretada pelo Tribunal Superior Eleitoral em suas resoluções trazendo uma possibilidade de o Juiz Eleitoral estar pautando o trabalho a ser desenvolvido pelas Polícias Federal ou Estadual com atribuições eleitorais, o que o levaria a abandonar a figura de juiz-garante, para se transformar em juiz-instrutor, verdadeiro condutor da investigação criminal.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979) prevê que quando preso em flagrante, o magistrado tem, como uma de suas prerrogativas, ser apresentado imediatamente ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado¹².

O Código de Menores (Lei 6.697/79) determinava a pronta apresentação ao juiz de toda pessoa menor de dezoito anos que viesse a se envolver na prática de infração penal¹³. A esse ato processual deu-se o nome de audiência de apresentação, conforme se depreende de seu artigo 100, inciso II.

Sucedendo o Código de Menores, a Lei n.º 8.069, de 1990 – ECA tornou obrigatória a rápida apresentação do adolescente apreendido. Assim sendo, toda vez que a apreensão se der por ordem judicial, deverá ele ser encaminhado imediatamente à presença do juiz (artigo 171). Todavia, deve-se destacar que caso a apreensão decorra de flagrância por ato infracional de natureza grave e/ou que haja produzido repercussão social, o Delegado de Polícia deverá, após os trâmites normais para a confecção do autor de apreensão em flagrante, encaminhar o adolescente e o respectivo auto ao Ministério Público, para a ocorrência da audiência de apresentação (artigos 174, 175 e 179).

Não obstante, após a ratificação da CADH por parte do Brasil, o Poder Legislativo nacional, até o ano de 2011, não sinalizou qualquer movimento significativo para que o sujeito preso obrigatoriamente tivesse rápido contato pessoa com uma autoridade judicial ou com poderes judiciais para rever os motivos da prisão efetuada. Desta feita, preciosa oportunidade se perdeu quando da reforma parcial ocorrida no Título IX do Livro I do CPP – que trata “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” –, realizada em maio de 2011, pela Lei n.º 12.403, tendo a

¹² Artigo 33. São prerrogativas do magistrado: (...) II – não ser preso por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado.

¹³ Artigo 99, *caput*. O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será desde logo, encaminhado à autoridade policial.

audiência de custódia sequer sido ventilada, em sua acepção mais ampla, quando da gestação desta lei (ANDRADE; ALFLEN, 2016).

Ocorre que, por ter caráter supralegal, a CADH está abaixo da Constituição de 1988 e acima das leis internas, devendo a legislação infraconstitucional adaptar o seu ordenamento ao que está estabelecido nos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o país recepcionou (CORREIA JÚNIOR, 2016).

Embora a garantia de apresentação integrasse nosso ordenamento jurídico, não existia um regramento sobre o procedimento a ser adotado, o que dificultava muito sua viabilização. Assim, seguindo orientação do CNJ, os tribunais editaram atos dispendo sobre o procedimento aplicável à audiência de custódia no âmbito de sua jurisdição, providência que já havia sido adotada anteriormente pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, que ainda no ano de 2014, através da Corregedoria-Geral da Justiça do Poder Judiciário do Estado do Maranhão publicou o Provimento nº 14/2014, que dispôs “sobre a verificação das regularidades das prisões ocorridas durante o plantão forense”, entre outras providências¹⁴, bem como através do Provimento nº 21/2014¹⁵ criou um procedimento para a audiência de custódia, em muito aproveitando o conteúdo do PLS nº 554/2011, e, por fim, regulamentou a audiência de custódia a ser realizada de forma restrita ao “Termo Judiciário de São Luís” no Provimento n. 24, de 10/12/2014.

Desse modo, a condução do preso, sem demora, à presença da autoridade judiciária, não para ser rigorosamente interrogado, mas para ser entrevistado pelo magistrado, permitiria verificar se os direitos da pessoa submetida à prisão foram observados e se a prisão é legal e necessária (SCHIETTI CRUZ, 2018).

2.3 Fundamento jurídico da audiência de custódia

A audiência de custódia consiste na condução do preso, no prazo de 24 horas, perante o juiz, o qual deverá a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa, exercer o controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como analisar questões relativas à pessoa do cidadão custodiado, especialmente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2018).

¹⁴ Publicado em 19 de novembro de 2014.

¹⁵ Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 1814, Caderno 1, Administrativo, em 24 de novembro de 2014.

Desse modo, a audiência de custódia se tornou relevante hipótese de *acesso à jurisdição penal*¹⁶. A audiência de custódia pode ser conceituada, ainda, como uma “*das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado*” (CASAL, 2014, p. 195).

Para Semer (2014), o Direito Penal se afasta do arbítrio na medida em que serve como limite ao exercício do poder punitivo. Nesse mesmo sentido, Casara (2014, pp. 9-10) adverte que:

Não se pode esquecer que, ao menos no Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais, e do processo penal em particular, é a de contenção do poder. O processo penal só se justifica como óbice à opressão. O desafio é fazer com que sempre, e sempre, as ciências penais atuem como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal.

Ressalta-se, entretanto, que:

O processo penal não pode ser entendido, apenas como instrumento de perseguição do réu. Ele funciona também (e até primacialmente) para a garantia do acusado. A partir do princípio *nulla poena sine iudicio*, com a conseqüente proibição de autotutela e de autocomposição, o processo criminal constitui-se no único instrumento permitido para a solução da lide penal. Desse modo, a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos que contra eles se instauram e impedindo que sejam entregues ao arbítrio da autoridade judiciária. A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais e suas garantias (GRINOVER, 2013, pp. 39-40).

A previsão normativa da garantia da audiência de custódia é encontrada em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (PAIVA, 2018, p. 44):

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê que “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)*” (art. 7.5). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece que “*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 (...)*” (art. 9.3). E a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, garante que “*Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)*” (art. 5.3).

¹⁶ Neste sentido, ver CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6.ª São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44: “*A Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 7.º, n. 5, contempla outra hipótese de acesso à jurisdição penal: toda pessoa detida tem direito de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*”. Também considerando a audiência de custódia como um expediente que impulsiona o acesso à justiça, v. o voto do juiz García Ramírez no caso *Tibi vs. Equador*, § 44.

O Brasil assumiu perante a comunidade e os organismos internacionais o compromisso de proteger, defender e implementar os direitos humanos, incluindo os direitos das pessoas presas. Cabe destacar que, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos há mais de vinte anos atrás e somente agora a audiência de custódia vem sendo discutida e efetivada.

Paiva (2018) afirma que o devido cumprimento do Tratado Internacional ratificado pelo Brasil em defesa dos Direitos Humanos é o principal objetivo da concretização da audiência de custódia. Até mesmo porque, se o Brasil é signatário do Tratado Internacional em defesa dos Direitos Humanos deve ajustar seu ordenamento jurídico em conformidade com as regras ratificadas.

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos (também ratificado pelo Brasil, desde 1992), no seu art. 9º, item 3, regulamenta que:

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 (BRASIL, 1992).

Nada obstante, entre as ratificações dos dois tratados internacionais supramencionados e a Resolução nº 213/2015, do CNJ (1992 a 2014) o que se viu nesse período foram violações de direitos humanos por parte do próprio Estado brasileiro. Exemplo disso é a superlotação carcerária, maus-tratos e torturas de presos, demora no julgamento e desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais da pessoa presa.

A partir de meados de 2014, ganhou espaço no âmbito do Poder Judiciário brasileiro o debate sobre a eficácia da chamada Audiência de Custódia, como forma de garantir ao preso o seu direito de ser levado à presença de um juiz, para que este analise todos os aspectos ligados à sua prisão.

2.4 A teleologia da audiência de custódia

A audiência de custódia desponta como uma alternativa a superlotação dos presídios brasileiros. Surgindo como uma nova proposta e medida processual e executória simples, mas eficaz, a fim de tentar minorar a calamidade em que se encontra o sistema carcerário brasileiro (PAIVA, 2018).

A audiência de custódia surgiu com o objetivo de diminuir o número de prisões desnecessárias, permitindo àquele que fora preso em flagrante delito tenha o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade. Em razão disso, pode ser definida como um instrumento processual imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo (CORDEIRO; COUTINHO, 2018).

Paiva (2018) aduz que a audiência de custódia se projeta como um paradigma internacionalmente aceito de processo penal justo. Ocorrendo o que Zaffaroni (2003) conceitua como irrupção (surgimento) dos Direitos Humanos, quando se abre as ciências penais para um processo penal justo que, sobretudo respeita a dignidade do ser humano e, com isso, limita o poder punitivo.

A audiência de custódia¹⁷ é incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação, pelo Congresso Nacional, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto Presidencial nº 678, 06/11/1992) (OEA) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto Presidencial nº 592, 06/07/1992) (ONU), estabelecendo garantia a qualquer preso de ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, que deverá analisar se a prisão foi legal e se estão presentes os fundamentos para a decretação da prisão preventiva ou se a pessoa pode ser solta, mediante fiança ou outras medidas cautelares penais, se necessárias.

O artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê explicitamente o dever de apresentação pessoal da pessoa detida, que deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz, e não por via documental.

Segundo o relatório do Ministério da Justiça do Brasil (2014a), há cerca de 38% de presos provisórios no Brasil (excluindo-se os condenados em regime aberto, que obviamente não estão presos), havendo estados em que o índice de prisões provisórias chega a 65% (Piauí). O levantamento do CNMP (BRASIL, 2013) documentou que a capacidade dos presídios estava excedida em 48% e que 79% dos estabelecimentos prisionais não realiza entre presos provisórios e definitivos. Em 2014, a população carcerária do Brasil era de mais de 700 mil pessoas, sendo a terceira maior do mundo, perdendo apenas para EUA e China (BRASIL, 2014b). Haveria um verdadeiro “estado de coisas inconstitucionais” em se tratando de sistema prisional, diante de tantas violações de direito, de forma que seria necessário que os juízes fossem mais criteriosos

¹⁷ O Supremo Tribunal Federal recomenda a denominação “audiência de apresentação” (ADI 5240/SP).

ao analisarem a efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar, apostando-se na audiência de custódia para instrumentalizar essa atenção especial (ÁVILA, 2016).

No que concerne à instrução processual penal e a atividade jurisdicional, Lanfredi (2017) afirma que longe da gestão (e contaminação) de atividades inquisitivas (pertencentes ao "juiz de instrução" polifuncional da herança napoleônica), a tarefa principal do juiz nesta fase inicial de processo criminal é operar garantias e ao mesmo tempo supervisionar a legalidade das ações e interferências das demais agências, assumindo o modo mais específico e legítimo de exercer a função (de definir o direito) que a Constituição lhe atribui. Ademais, o juiz deve proteger os direitos fundamentais do acusado, visto que este é o objetivo fundamental da jurisdição penal.

Por outro lado, a audiência de custódia não pode significar o afrouxamento apriorístico, indistinto e generalizado dos requisitos legais da manutenção da custódia cautelar, voltado à finalidade instrumental enviesada de redução a qualquer custo da população carcerária, razão pela qual, muito embora haja mais prisões cautelares do que seriam efetivamente necessárias, haverá inúmeras situações, especialmente nos crimes mais graves, de autores com antecedentes criminais ou integrantes de organizações criminosas, onde será imprescindível a manutenção da custódia cautelar para que o Estado possa proteger todos os outros direitos fundamentais (ÁVILA, 2014).

Desse modo, a audiência de custódia deve instrumentalizar o contraditório para o deferimento das medidas cautelares. Para tanto, será essencial o requerimento de deferimento da prisão preventiva pelo Ministério Público (titular da ação penal cautelar) e a manifestação da defesa técnica (ÁVILA, 2016).

No advento da audiência de custódia, o contraditório ganhou efetividade, dado que os interessados, o Ministério Público e o acusado, representado pelo defensor, constroem este provimento judicial, isto é, a partir desta houve a processualização do controle da prisão em flagrante, quanto à sua legalidade e à necessidade e adequação de medidas cautelares pessoais (MELO, 2016).

Por outro lado, no que diz respeito ao aspecto criminológico, ainda vivemos sob a égide de um sistema penal, que associado ao populismo penal midiático (ZAFFARONI et. al., 2012), no papel de substituto da justiça, fazendo às vezes do justiceiro, e como resposta a atuação das instâncias oficiais (polícia, acusação e juízes) a criminalização de quem foi acusado e condenado pelo que chamamos de imprensa inquisitiva, retrocedendo a uma fenomenologia criminológica de etiquetamento, e assim, realiza um verdadeiro método de etiquetamento, o "labelling approach", não

contribuindo em nada para o discurso resultante da criminologia crítica atual, que fez florescer o direito penal mínimo.

Barbosa (2015) defende que a audiência de custódia não pode se tornar um reflexo de uma política com discurso humanista, mas com a manutenção da prática do *labelling approach*, pois não adianta o juiz "olhar no olho" do conduzido (expressão cunhada por Aury Lopes Jr.), com uma mentalidade de etiquetamento. A capacitação deveria ultrapassar a esfera da forma, do procedimento, e alcançar uma política minimalista de alterações estruturais com vistas à expansão da liberdade, aumentando ferramentas para a manutenção da presunção de inocência, também previsto no art. 8, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, “os direitos e garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos não podem ficar, sob pena de ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, condicionadas à correspondência normativa no Direito interno de cada país” (PAIVA, 2018, p. 76).

2.5 Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal

Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais e devem ser diferenciados em dois níveis: a) o transnacionalizado; e b) o que responde às conjecturas nacionais. Em nível transnacional, os meios de comunicação de massa ocupam-se da precoce assimilação do modelo penal como solução dos conflitos por meio da “comunicação de diversão”. Manipula-se, em grande parte do tempo, o sentimento de falta de segurança da população em virtude da dúvida no que diz respeito à ineficácia do aparelho estatal imbuído da tutela penal. Acrescenta-se que a tecnologia de manipulação está cada vez maior, desenhando a civilização da indústria como algo negativo, trazendo através dos seriados policiais o desprezo pela vida e dignidade humana, bem como pelas garantias individuais, a fim de fortalecer o poder e o controle social verticalizado-militarizado de toda a sociedade (ZAFFARONI, 2001).

No nível das conjecturas nacionais, os meios de comunicação em massa têm a finalidade de constituir a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que somente a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo. Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e

ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas se realizam por meio da invenção da realidade, na qual se apregoa a impunidade é absoluta, os menores podem fazer qualquer coisa, os presos entram por uma porta e saem pela outra (ZAFFARONI, 2001, p. 129).

Zaffaroni (2001) destaca que os meios de comunicação de massa exercem ainda outra função importante em nível nacional, muito embora tenha cooperação transnacional, é a fabricação dos “*estereótipos do criminoso*”. Assim, percebe-se que o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa, e estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.).

Segundo Zaffaroni (2001), o poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante do exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).

A seletividade do sistema punitivo pode ser apontada na maior preocupação do legislador em preservar certas esferas de liberdade que costumam mais ser utilizadas para a obtenção de prova exatamente no tipo de criminalidade praticada pelas camadas sociais economicamente mais favorecidas (SCHIETTI CRUZ, 2018). Destaca-se, entretanto, que a agência judicial não dispõe de suficiente poder para eliminar, por completo, a violência na fase seletiva do Sistema Penal.

Outro grande desafio é o da falsa sensação de impunidade que a audiência de custódia pode transmitir à sociedade. Os meios de comunicação diversos veiculam vídeos imagens, notícias, fazendo alusão de que este procedimento simplesmente concederia liberdade a aqueles que vieram a cometer um delito, como se não existisse responsabilização do indivíduo infrator (GOIS, 2018).

Segundo Gois (2018), o crescente número de prisões não tem resultado na diminuição dos índices de criminalidade. O Brasil possui uma das maiores populações

carcerárias do mundo e simultaneamente, é um dos países com maiores índices de violência e insegurança. Esta realidade demonstra ser uma falácia a concepção de que a criminalidade diminui com o aumento da quantidade de pessoas presas.

Nesta senda, a decisão criminalizante da agência judicial é sempre “má”, mas menos “má” que a decisão arbitrária do poder das outras agências, de modo que nos pouquíssimos casos a ela submetidos melhor é que os decida, porque poderia ser muito pior se não o fizesse (ZAFFARONI, 2001).

Na atualidade, a mídia detém um papel central e decisivo no que concerne à gênese de ideologias, visto que ela influencia diretamente às questões atinentes ao sistema penal, mormente a formação dos “estereótipos” das pessoas que são consideradas criminosas pela sociedade e na criação e proliferação da ideologia penal dominante, isto é, a ideia de que a única solução para se vencer a criminalidade é através de uma política estritamente repressiva e violenta, em que se faz necessário aumentar a capacidade estrutural do sistema carcerário e avultar a quantidade de policiais nas ruas, ocasionando a ideia de pseudo-segurança na sociedade.

Para Sarlet (2004), a influência midiática no âmbito da construção de um Direito Penal cada vez mais seletivo, violento e desigual, que se caracteriza por ser um direito cada vez mais despótico e casuístico, que se preocupa tão-somente em adotar posturas que apenas na teoria assegurariam uma ideia de pseudo-segurança, sem levar em consideração em nenhum momento a questão da legitimidade constitucional dessas posturas adotadas.

Não obstante, a mídia acaba configurando parte integrante do exercício de poder do sistema penal, porquanto tem o poder de criar o punitivismo popular, impondo uma análise dos problemas sociais exacerbada, como resultado, começa a ser responsável por criações legislativas “às pressas” que vão inteiramente a descontro com as garantias constitucionais (GOMES; ALMEIDA, 2012).

Para isso, a criminologia midiática joga com imagens, selecionando as que mostram os poucos estereotipados que delinquem e em seguida os que não cometeram crimes ou que só incorrem em infrações menores, mas são parecidos. Não é necessário verbalizar para comunicar que a qualquer momento os parecidos farão o mesmo que o criminoso (ZAFFARONI et al., 2012).

Ressalta-se que a televisão pode ser considerada um dos únicos meios de acesso à informação pela maior parte da população, elevando o risco, pois esse meio de comunicação em massa traz um conteúdo pronto, que não deixa margem às críticas ou

evolução de pensamento (DIAS; DIAS; MENDONÇA, 2013). Partindo da premissa da necessidade de obter lucro, os meios de comunicação realizam um processo de seletividade do que deve ser informado e agregam contribuições decisivas sobre a informação de forma a transformá-la em algo mais atrativo, por obviedade, este processo de seleção se sustenta na busca do sensacional e do popular (BOURDIEU, 1997).

Desse modo, apura-se que por intermédio da criminologia midiática, somada ao esforço negativo de quem possui o conhecimento para afirmar o contrário, formou-se uma sociedade convicta de que, prendendo aceleradamente pobres e negros, está no caminho certo para reduzir a violência e fazer justiça (SOARES, 2011).

2.6 Processo de criminalização e a cifra negra do direito penal

A prisão continua sendo há mais de dois séculos a principal forma de punição para os “perigosos”, “vulneráveis”, “estereotipados” e “etiquetados”, qual seja, os que são criminalizados (criminalização primária e secundária) em razão de um processo de estigmatização, segundo a ideologia e o sistema dominante.

Nesta ótica, a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientadas pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu status social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetivas e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a teoria da dogmática penal.

O Sistema Penal deveria atuar na prevenção do crime, e na ressocialização do preso, contudo, isto não ocorre. Para Queiroz (1999, p. 62):

A norma penal, embora pretenda dissuadir comportamentos delituosos (função de prevenção geral ou especial), não se presta, em verdade, a esse fim, pois ninguém se abstém de praticar crimes em atenção à possibilidade de sofrer a incidência do aparato repressivo, vale dizer, a norma penal não intervém no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, já que, quando alguém se abstém de praticar crime, assim o faz por motivo de outra ordem (moral, religioso, cultural etc.) que não o sistema penal. Já a prevenção especial é um mito, uma vez que a prisão – a mais característica sanção dos sistemas penais contemporâneos – não ressocializa nem redime o criminoso, antes o dessocializa, embrutece, estigmatiza.

Dessa forma, em lugar de prevenir o crime o Sistema Penal tornou-se um sistema condicionante e reprodutor de violência. E neste contexto se enquadra a teoria do etiquetamento, a qual sustenta que a criminalidade não é a qualidade de uma

determinada conduta, mas o resultado de um determinado processo de estigmatização da conduta e daquele que a praticou (CONDE; HASSEMER, 2008).

Acrescenta-se que a banalização de tipos penais sem estrutura persecutória gera impunidade. Assim, se de um lado alguns criminosos são punidos com o intrincado sistema de leis cada vez mais sofisticadas, de outro há uma grande margem de autores de delitos que ficam impunes. E essa impunidade não contabilizada é denominada “cifras ocultas” (LIMA, 2017).

Zaffaroni (2001) assevera que o Sistema Penal opera nas ações conflituosas heterogêneas, sendo possível constatar que na maioria dos casos este não intervém (furtos, subornos, estupros, etc., que somente em número ínfimo chegam à agência judicial), em outros intervém somente em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios, ou seja, nos casos em que historicamente o maior número foi cometido pelo próprio Estado, e quase nunca chegam ao conhecimento das agências judiciais), em outros tantos casos nunca intervém, apesar da grande frequência com que ocorrem.

Assim, a cifra oculta pode ser conceituada como todos os crimes que não chegam ao conhecimento policial, em virtude de ser praticado por pessoas das classes altas, contra meio ambiente, bem como aqueles que chegam ao conhecimento das autoridades, mas sequer são registrados, e por isso não chegam a se transformar em ação penal.

A “cifra oculta” estabelece a distinção entre a realidade, caracterizada por todas as condutas tidas como criminais, aquelas que efetivamente ocorrem no seio social, independente de não terem sido identificadas, denunciadas ou investigadas; e a aparência, que seria os dados oficiais da criminalidade, determinados pelas condutas que sofrem algum tipo de condenação dentro do sistema penal (SANTOS, 2008).

O Sistema Penal age a favor de quem é economicamente mais abastado, ou em benefício dos que gozam de prestígio social, enquanto pessoas sem as mesmas condições estão fadadas aos processos de criminalização. Assim se efetiva a seleção criminalizante secundária, conforme ao estereótipo condiciona-se todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela (ZAFFARONI et al., 2011).

No Brasil, em razão da ineficiência da atuação estatal em registros criminais, deve-se questionar os números das estatísticas ao argumento de que a criminalidade registrada não reflete a real. Por este raciocínio as taxas de criminalidade sempre aumentam, entretanto, o incremento quantitativo trata-se somente de falsa aparência

que o problema estaria sendo resolvido, mas o que ocorre é uma elevação nos registros sem solução efetiva dos casos penais (LIMA, 2017).

Existe no contexto criminal uma inumerável cifra negra, em razão da expressiva diferença entre os crimes ocorridos e aqueles que são apurados pelas autoridades competentes, assim como entre os crimes denunciados e os delitos que se transformam em processo, gerando um descrédito ao Judiciário, impunidade ao bandido e o sentimento de injustiça às vítimas dos crimes.

Salienta-se que os efeitos da criminologia midiática pesam na população brasileira quanto à reprodução de ideias equivocadas e preconceituosas sobre o sistema penal, fazendo com que a população se sinta ameaçada com o crescimento no plano interno dos Direitos Humanos, e abusando de seu poder de influência difundem a “publicidade publicitária”, que é pautada pelo *processo penal do esculacho*. Desse modo, a depender de quem foi privado de sua liberdade, ainda que a audiência de custódia não seja acessível para as pessoas que não realizem o ato, há o foco exclusivo dos diversos canais midiáticos para mostrar o ingresso do detido na unidade prisional e, caso sobrevenha liberdade, a sua saída da prisão (NEWTON, 2017).

Muito embora não sejam raras as críticas quanto à implementação da audiência de custódia, sobretudo entre aqueles que alegam o aumento da sensação de impunidade e insegurança jurídica, o que se constata na verdade é que o instituto vem proporcionando um baixo nível de reincidência¹⁸ entre aqueles que se fizeram presentes em audiência¹⁹. Esta concepção de tolerância ao crime em audiência de custódia deve ser superada, pois o objetivo primordial da justiça penal não é a punição, mas sim a pacificação e a promoção de justiça social (GOIS, 2018).

2.7 Seletividade primária

A seleção primária se dá desde o surgimento da lei, em vista que é neste momento que os valores de determinados grupos sociais podem prevalecer em detrimento da classe dominada. Evidenciando, assim, que o direito penal tem raça e

¹⁸ Registra-se que em um ano de implantação, as audiências de custódia no Rio de Janeiro registram 1,4% de reincidência (CNJ, 2016).

¹⁹ As audiências de custódia realizadas em São Paulo têm atendido ao objetivo do projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de reinserção social de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social, drogadição ou alcoolismo, além de contribuir para a redução da reincidência criminal (JUSTIFICANDO, 2015).

classe social, ou seja, há um grupo de escolhidos e sobre estes recairá o poder punitivo do Estado.

Foucault (2001) afirma que o Direito Penal escolhe sobre quem deverá recair a sua força, isto é, quem deverá ser contido para que a “paz social” seja mantida. Para o autor seria, no mínimo, ingenuidade crer que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo, pois mesmo que em princípio a lei obrigue a todos os cidadãos, esta se dirige potencialmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas.

Corroborando esta ideia, Sica (2002) destaca que a seletividade penal é uma marca histórica e indissociável do sistema penal, vez que o direito de punir é exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado. Dentro deste contexto, dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária constataam que 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semialfabetizados; 95% são absolutamente pobres; 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto.

Neste caminho, observa-se que o Sistema Penal não se destina a punir todas as pessoas que cometem crimes, porque a imposição da pena se trata de pura manifestação do poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade, e dessa forma, a reação punitiva encontra suporte e força ideológica na necessidade de criação de bodes expiatórios.

Ao analisar o fenômeno da seletividade, Bauman (2003, p. 108) expõe que a exclusão não se dá apenas pela questão racial ou cor de pele, mas fatalmente “ser pobre em uma sociedade rica é adquirir automaticamente o status de uma anomalia social e ser privado de controle sobre representação e identidade coletiva” constitui um fator determinante de segregação e exclusão. Neste sentido, Beck (2010) afirma que os estigmatizados são em verdade: “bodes expiatórios”, porquanto a mídia necessita aumentar os riscos (como a criminalidade) para fundamentar sua atividade.

Diante disso, pode-se afirmar que o sistema punitivo é dotado de notável seletividade, visto que proporciona privilégios aos detentores de poder, ao passo que deixa à mercê os excluídos, deixando evidente que a criação da lei penal é condicionada aos interesses das camadas sociais que detêm o poder, e não em prol da coletividade, na medida em que o rótulo de criminoso é distribuído de forma desigual à população (BARATTA, 2004).

Corroborando este entendimento, Preussler (2015), afirma que a justiça penal defende os interesses das classes dominantes e no caso do Sistema Penal subterrâneo

todo o aparelho repressivo do Estado é utilizado como uma determinação de realidade. Para o autor, algumas pessoas recebem os bens negativos da sociedade, enquanto outras os bens positivos que seria a imunidade.

Dessa forma, é possível afirmar que a criminalização primária nada mais é do que “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI et al., 2012, p. 43). Por outro lado, essa função da criminalização primária de criar as leis é desempenhada em geral pelas agências políticas que elegem os bens jurídicos mais importantes que merecem a tutela pelo Direito Penal.

Dentro desta ótica, Baratta (2004) defende que o fenômeno de construção/eleição de delitos, evidencia a seletividade estrutural do sistema penal, tendendo a imunizar as condutas características das classes com maior inserção social e a criminalizar as condutas típicas dos estratos sociais inferiores. Assim, o tratamento dispensado à criminalidade da elite, embora por vezes de grande danosidade social, tende a ser mais suave que a dispensada à média da população. O autor menciona como exemplo o tratamento dispensado à criminalidade econômico-financeira, nitidamente mais benéfico para o infrator que o dispensado à criminalidade comum.

Para Andrade (2003), a seletividade do Sistema Penal ocorre em virtude de dois aspectos: primeiramente, em virtude da limitada capacidade de cumprir todo o programa de normas estabelecido pela criminalização primária, e conseqüentemente, atua de maneira seletiva. A outra que, a seletividade existente no sistema penal se deve principalmente à especificidade dos delitos e às conotações sociais dos autores, em outras palavras, a criminalização primária e secundária é norteada pela seleção desigual de pessoas, baseada no seu status social previamente definido, e não pela criminalização igualitária de condutas objetivas e subjetivamente ponderadas em relação ao fato-crime, conforme assevera a dogmática penal.

Destaca-se que, além da Resolução nº 213/2015, o Plenário do Senado aprovou uma proposta que regulamenta a prática das audiências de custódia, através do Projeto Legislativo 554/11. Resta agora a aprovação do Projeto de Lei nº 8.358/2017 (de autoria do Deputado Alberto Fraga), o qual altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Além do mais, há uma expectativa de que o Código de Processo Penal não só mantenha a audiência de custódia, mas promova o seu aperfeiçoamento,

utilizando-se a expressão “sem demora” contida nos Pactos: Internacional de Direitos Civis e Políticos e San Jose da Costa Rica, visto que a sociedade reclama por soluções penais inteligentes, experimentadas com sucesso no exterior, e devidamente adequadas à realidade nacional (GURGEL, 2018).

2.8 Seletividade secundária

A despeito de a criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária. A limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais a ser protegidas. A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados (ZAFFARONI et al., 2012).

Neste contexto, deve-se salientar que as nefastas consequências da criminologia midiática sobre a população brasileira em relação às ideias preconceituosas quanto ao sistema penal. Fenômeno este que Zaffaroni (2001, p. 130) nomina de fabricação dos “estereótipos do criminoso”. Para o autor, “estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)”.

Para Lanfredi (2017, p. 86) os direitos humanos devem obter a proteção do Estado, durante a persecução penal:

O Brasil construiu um estereótipo criminoso e há uma tendência nem sempre escondida, para alcançar uma solução final de fato marcado pela intenção de isolá-los, quando não eliminá-los, do cenário social. Na verdade, a criminalização secundária dos mais vulneráveis, pertencentes aos segmentos inferiores e subordinados cidadãos - e, portanto, sem condições reais para subir a escada social - parece mostrar que o poder punitivo é imposto de forma diferente, demonstra sua maior exposição ao crime, graças às suas precárias condições de vida e características pessoais.

Baratta (2013) assevera que os teóricos precursores da Teoria do *Labeling Approach*, conhecida também como a “teoria do etiquetamento”, quais sejam, Howard S. Becker, Edwin M. Lemert e Edwin M. Shur, apontaram a pesquisa em duas direções:

uma para análise da formação da “identidade” desviante, bem como para definir o “desvio secundário”, o que consiste no efeito do etiquetamento de “criminoso” à pessoa que recebe essa etiqueta; e outra em investigar o que constitui o “desvio” como característica imposta aos comportamentos e aos indivíduos, além de destacar a quem incumbe este poder de atribuição, sendo neste caso as agências do controle social.

Para Zaffaroni et al. (2012) a seleção criminalizante secundária, conforme o estereótipo, condiciona todo o funcionamento das agências do Sistema Penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela, motivo pelo qual: a) é impotente perante os delitos do poder econômico (os chamados crimes de colarinho branco) b) também o é, de modo mais dramático, diante de conflitos muito graves e não-convencionais, como o uso de meios letais massivos contra a população indiscriminada, usualmente chamado terrorismo; c) torna-se desconcertado nos casos excepcionais em que há seleção de alguém que não se encaixa nesse quadro (as agências políticas e de comunicação pressionam, os advogados formulam questionamentos aos quais não sabem responder, destinam-se-lhes alojamentos diferenciados na prisão).

O processo de criminalização secundária, que ocorre junto às instâncias concretizadoras da política criminal, como a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a imprensa, segundo Zaccone (2008, p. 184), “é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena”. Para o autor, “não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta entre o caminho da inatividade ou da seleção”.

Desta feita, na prática o Sistema Criminal revela que os setores mais pobres e marginalizados da sociedade são as vítimas da criminalização secundária, os quais foram desatendidos pelas políticas públicas de desenvolvimento social e econômico, direta ou indiretamente.

Corroborando esta constatação, registra-se que as audiências de custódia liberam proporcionalmente mais pessoas brancas do que negras, como revela pesquisa feita pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Em parceria com grupos de pesquisa, o IDDD acompanhou todas as audiências realizadas em nove capitais por um período amostral de dois meses. Em quatro cidades em que foi feito o recorte racial, verificou-se que pretos e pardos saem com prisão preventiva decretada em uma frequência maior do que os brancos. A maior discrepância foi encontrada no Tribunal de Justiça de Minas

Gerais. Segundo o estudo, 77,94% das pessoas que foram levadas a um juiz após a prisão nesse tribunal eram negras, enquanto 22,6% eram brancas. Entre os brancos, 42,3% acabaram continuando sob custódia em prisão preventiva, enquanto, entre os pretos e pardos, o índice ficou em 56,77% (MELLO, 2017).

Os números citados na pesquisa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) foram confirmados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016, pp. 32-33) que constatam que dos 726.712 encarcerados no Brasil, 64% são negros. Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a parcela negra representa 53%, indicando a sobre-representação deste grupo populacional no sistema prisional. No Mato Grosso do Sul, os negros representam 62% da população prisional, no estado do Rio de Janeiro representam 72%, e em Pernambuco, 83%.

Nesse sentido, a pesquisa “Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra” comprovou que jovens e negros são a maioria entre as pessoas que passaram por Audiências de Custódia no Distrito Federal, no Rio Grande do Sul, na Paraíba, em Tocantins, em Santa Catarina e em São Paulo, entre 2015 e 2017 (CNJ, 2017).

Conclui-se, assim, que o Direito Penal é seletivo no momento em que escolhe os comportamentos que deverão ser proibidos, em que escolhe quem deve responder pelas ações criminosas praticadas, bem como, no momento em que escolhe quem deverá cumprir a pena aplicada pelo Estado, diante dessa realidade, deve reduzir ao máximo o número de infrações penais para torná-lo o mais justo possível (GRECO, 2017).

2.9 Teoria da vulnerabilidade

A fim de promover a contenção do poder punitivo do Estado em face das classes inferiores, nasce a teoria da vulnerabilidade, na qual Zaffaroni (2001) propõe relativizar a culpabilidade das pessoas estereotipadas pelas agências de criminalização secundária. Desta feita, não ignorando as características do autor da conduta, surge então o conceito de culpabilidade, que visa trazer para a dogmática o aspecto da vulnerabilidade. Constatando que a culpabilidade deve ser o espaço para adequação do injusto à vulnerabilidade pessoal (LEMOS, 2010).

A seletividade, embora seja evidenciada pela criminologia é reproduzida em todos os sistemas criminais (WACQUANT, 2001). Inegavelmente, o âmbito de autodeterminação dos sujeitos sociais está diretamente ligado à seleção feita pelo

sistema punitivo (BATISTA, 2001), porém este dado não se encontra revelado pela teoria do crime.

No sentir de Santos (2008), a seletividade é marca revelada pela criminologia radical, registrando, destarte, a obviedade do fato de que a agência judicial recai sempre de forma desigual contra pessoas de classes socioeconômicas distintas.

Infelizmente, fatores que encontramos no cerne de nossa sociedade fazem crescer o lastro da seletividade e o aumento dos vulneráveis a incidir em delitos. As desigualdades sociais, o avanço da pobreza, a falta de acesso a oportunidades de boa renda e emprego, os fatores étnicos e culturais, profissões subalternas, local de moradia são um destes fatores acima mencionados.

Vê-se que as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, em regra, cometem delitos de pequena monta, comum ser em maioria pequenos crimes patrimoniais. Muito embora esta conduta tenha seu grau de reprovabilidade, a mídia muitas vezes oculta outros delitos potencialmente mais devastadores, como os chamados “crimes do colarinho branco”, em que tem como autores pessoas de classes economicamente mais altas. A consequência desta ação é reforçar cada vez mais o estereótipo de inimigo social a ser combatido, acentuado ainda mais os preconceitos de classes sociais, étnicos, territoriais e outros.

Desta forma, reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza seria uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, o que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação. Em resumo, a ideia de coculpabilidade seria um mecanismo de responsabilização do Estado pelo injusto em razão da omissão na efetivação dos direitos fundamentais do autor do delito.

Para Baratta (2013), o interior de uma sociedade moderna, que é pluralista e conflitual, existem conjuntos de valores e regras sociais comuns, porém, existem também valores e regras específicas de grupos antagônicos. Assim, o Direito Penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente.

A conduta desviante é originada pela sociedade. Os grupos sociais criam a desviação por meio do estabelecimento de regras cuja infração constitui desviação,

consequentemente, em aplicação dessas regras a pessoas específicas é que estas são rotuladas *outsiders*. Conclui-se que não se trata de “uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação pelos outros das regras e sanções para o ofensor” (BECKER, 2008 apud SHECAIRA, 2004, p. 292).

Desse modo, não existe um único sistema de valores, ou o sistema de valores, em que a pessoa é livre de determinar-se de acordo com uma única gama de valores eleitos por alguns ou um grupo social, para se impor para todos. Ao contrário, não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos de pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e de normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativo àquele (BARATTA, 2013).

Em vista dessa problemática, Zaffaroni (2001) entende que, com relação aos efeitos da culpabilidade pela vulnerabilidade, quando comparados aos da culpabilidade do autor, suas consequências seriam totalmente opostas, já que, enquanto por via da culpabilidade de autor são mais "reprováveis" as ações que se ajustem ao estereótipo, para a culpabilidade pela vulnerabilidade mais frequente será que ocorra o contrário. Assim, pouco importaria qualificá-la como de autor porque não haveria obstáculo a que se aceitasse uma culpabilidade de autor que estreite a culpabilidade de fato.

Noutra senda, o grau de culpabilidade para a vulnerabilidade não estaria indicando nenhum tipo de solução “justa”, mas somente a decisão possível, visto que se deriva da existência de um “espaço de poder” além do qual não há possibilidade de decidir (ZAFFARONI, 2001). A reprovação pela culpabilidade, diferentemente da tipicidade e ilicitude, que são elementos objetivos, depende muito mais de fundamentos morais e éticos no momento de sua valoração. Ocorre que em um Sistema Penal seletivo esses fundamentos são insignificantes.

Ao Poder Judiciário exige-se a realização do controle jurisdicional da criminalização, a fim de que suas decisões beneficiem os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual. Assim sendo, o Estado deve proporcionar de maneira efetiva os direitos sociais, constantes na Constituição Federal de 1988, para proporcionar melhor qualidade de vida às pessoas vulneráveis, pois estas, em regra, podem ser enquadradas em condutas criminalizadas.

Muito embora, a audiência de custódia seja destinada a todo cidadão preso em flagrante delito, constata-se que o sistema penal brasileiro é seletivo, pois a maioria das pessoas submetidas à audiência cometeu crimes patrimoniais e relacionados a drogas. Em São Paulo, por exemplo, verificou-se que 90% destas tratam de crimes patrimoniais e drogas (CNJ, 2016). O relatório sobre o Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo, realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2016), afirma que as audiências de custódia escancaram a vulnerabilidade das pessoas presas em flagrante, cujo perfil é, majoritariamente, formado de negros, com idade entre 18 e 25 anos, com residência declarada, mas sem trabalho formal, ganhando entre um e dois salários-mínimos e acusados de crime patrimonial.

2.10 Aspectos procedimentais da audiência de custódia

A Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça foi editada com fundamento em dois principais objetivos: diminuir o número de pessoas presas provisoriamente no país, com a otimização do uso das medidas cautelares introduzidas por força da Lei nº 12.403/2011, bem como combater e reduzir os casos de tortura de presos (SCHIETTI CRUZ, 2018).

Segundo Masi (2015), a audiência de custódia é o ato judicial pré-processual que assegura a garantia que todo cidadão preso em flagrante tem de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) competente para examinar a legalidade de sua prisão (princípio do controle judicial imediato).

A pessoa submetida à audiência de custódia mantém todos os seus direitos fundamentais, dentre os quais o de permanecer em silêncio, e o de ser assistido por defensor constituído ou público, que atuará com autonomia e independência, com o qual poderá se entrevistar, por tempo razoável e em sigilo, antes do ato judicial (MASI, 2015).

Nos moldes do artigo 7º, § 2º, da Resolução 213/2015, a audiência de custódia acontecerá após a apresentação da pessoa presa em flagrante delito em juízo e a distribuição do auto de prisão em flagrante com a respectiva nota de culpa perante a unidade judiciária correspondente, a qual constará o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do flagrante.

Cabe destacar que o fato gerador da realização da audiência de custódia é a ocorrência de uma prisão em flagrante ou o cumprimento de mandado judicial (PAIVA, 2018). Segundo o autor devem participar da audiência de custódia: o juiz, o Ministério Público, a pessoa presa e a sua defesa técnica. Por outro lado, não se admite a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (art. 4º, § único da Resolução 213).

No Brasil, a efetivação do direito do preso a ser conduzido sem demora à presença de um juiz vinha sendo adiada, muito embora por meio dos Decretos 592/92 e 678/92, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York e o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), respectivamente, tenham sido incorporados ao direito positivo brasileiro (SCHIETTI CRUZ, 2018).

Antes da Resolução 213/2015 do CNJ, o primeiro contato entre juiz e preso ocorria, em regra, através da audiência de instrução e julgamento. Não há no Brasil legislação que regule a audiência de custódia, contudo, existe o PLS n. 554/201, bem como o STF ratificou a legalidade destas audiências.

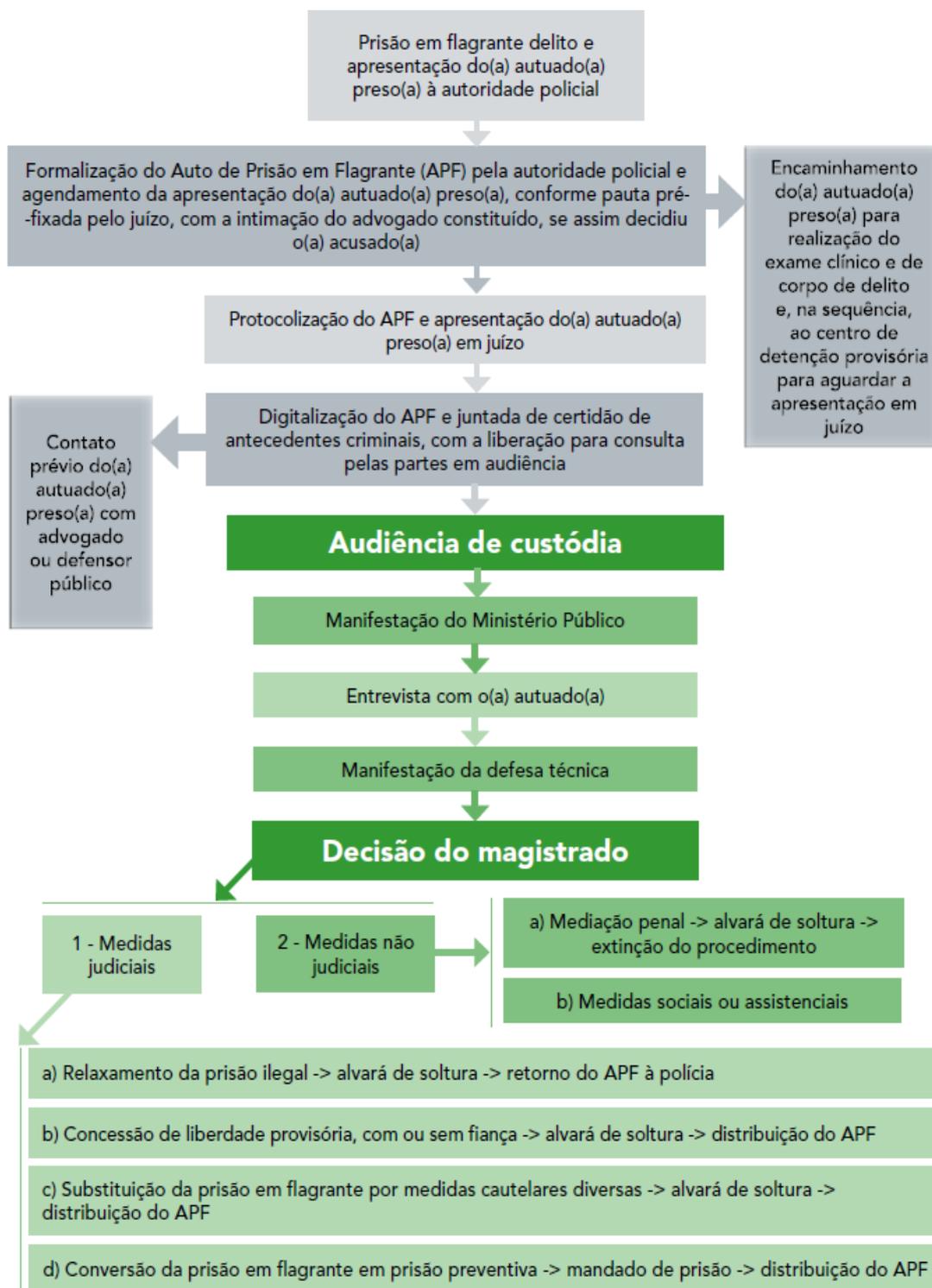
Nesta audiência o juiz, o promotor de justiça e o defensor do autuado examinam não apenas um conjunto de papéis, mas uma realidade representada pela pessoa detida, e através dela espera-se maior rigor na fiscalização da legalidade acerca da prisão, bem como a humanização do processo decisório (SOUZA DE OLIVEIRA, 2015). Desse modo, a audiência de custódia permite uma avaliação judicial mais criteriosa do que a advinda de exame de papéis que documentam a prisão em flagrante do conduzido.

No tocante ao procedimento da audiência de custódia, esta tem a estrutura e a dinâmica similar à de uma audiência judicial qualquer: abre-se a audiência, registram-se os presentes, ouve-se a pessoa conduzida à presença do juiz, dá-se a esta o direito de falar e, em seguida, após a manifestação do representante do Ministério Público e do defensor público ou advogado do conduzido, o magistrado profere sua decisão, dispondo acerca da situação cautelar da pessoa presa em flagrante e, poderá adotar diligências instrutórias requeridas pelas partes ou voltadas a esclarecer relato de maus tratos ou tortura (SCHIETTI CRUZ, 2018).

Na audiência de custódia, o juiz entrevistará o preso acerca das circunstâncias da prisão, tais como maus-tratos e tortura, e determinará a realização de corpo de delito, caso seja necessário, conforme se vê no Fluxograma 1. Cabe, ainda, ao magistrado, averiguar a existência de filhos ou dependentes que estejam sob os cuidados da pessoa

presa, bem como deve analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de fiança (art. 8º, incisos I a X, da Resolução n. 213/2015).

Fluxograma 1. Procedimento da Audiência de Custódia



Fonte: CNJ, 2016.

Após a oitiva da pessoa presa em flagrante, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam levar a eventual imputação. Depois, poderão requerer o relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória cumulada ou não com medida cautelar diversa, decretação de prisão preventiva e a adoção de providências para preservar direitos do preso (art. 8º, § 1º da Resolução n. 213/2015).

Por outro lado, considerando a hipótese de realização de audiência de custódia realizada em virtude de cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária, a ordem de manifestação poderá ser invertida, em virtude de a prisão ter sido decretada, e assim, manifestar-se-á a defesa técnica - requerendo o relaxamento ou a revogação da prisão - e, após, o Ministério Público manifesta-se acerca deste pedido (PAIVA, 2018). E, caso o juiz decida pela não manutenção da prisão, seja por relaxamento da prisão em flagrante, concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, revogação da prisão ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a soltura da pessoa apresentada na audiência de custódia dever ser imediata (art. 8º, § 5º da Resolução 213).

Ressalta-se ainda que nos últimos anos tem ocorrido uma adesão dos tribunais brasileiros ao processo eletrônico. Para os autores Opice Blum, Bruno e Abrusio (2007), seja para a administração, seja para os interessados em geral, os lucros conseguidos com a implementação do processo eletrônico em atividades de custo-benefício se tornaram positivos. E através do processo eletrônico existe a possibilidade de captação de todas as informações estatísticas referentes à audiência de custódia diretamente de seu banco de dados, bastando aos servidores da justiça à correta alimentação de cada procedimento. Deve-se ressaltar que todos os atos relevantes relacionados à audiência de custódia serão registrados, para fins estatísticos e de controle, no Sistema de Audiência de custódia – SISTAC, previsto no artigo 7º da Resolução 213/2015.

Muito embora a audiência utilize de recursos tecnológicos que facilitem a documentação da entrevista e das manifestações das pessoas que participam do ato, a decisão judicial, proferida no final da audiência, que resolve acerca da liberdade do conduzido deve ser registrada em ata escrita, cuja cópia deve ser entregue à pessoa presa em flagrante, a seu defensor e ao Ministério Público (art. 8º, § 4 da Resolução 213/2015). Assim, podemos afirmar que decisões solitárias do magistrado, proferidas

em seu gabinete são incompatíveis com a oralidade, por ser esta uma das características essenciais da audiência de custódia (MENDONÇA, 2017).

No que tange a dinâmica procedimental deste instituto processual, cabe ainda uma última reflexão, que é o fato da não realização da audiência de custódia tornar a prisão ilegal, ensejando o seu relaxamento, nos termos do art. 5º, LXV, da Constituição Federal. Neste raciocínio, a consequência será a mesma, caso a audiência de custódia seja realizada fora do marco temporal (PAIVA, 2018). Constata-se que a não realização da audiência de custódia ou a sua realização fora do marco temporal estabelecido nos instrumentos normativos, trarão como consequência prática o relaxamento da prisão.

Dessa maneira, vê-se que audiência de custódia é um meio capaz de combater à superlotação carcerária, de resguardar a dignidade da pessoa humana, de prevenir e identificar práticas de tortura, qual seja, proporcionar um maior amparo à pessoa detida. Longe de ser um procedimento burocrático, a audiência de custódia é um instrumento de civilização do processo penal.

Aspira-se um Direito Penal equilibrado e antiautoritário, que proteja os Direitos Humanos fundamentais dos cidadãos e, principalmente, dos acusados. Neste caminho, busca-se incansavelmente a superação da cultura judicial autoritária e da impunidade em relação à criminalidade da classe mais afortunada (SCHIETTI CRUZ, 2018).

Por derradeiro, tem-se consciência de que a tarefa de implementar audiências de custódia em território brasileiro não é das mais fáceis, pois se trata de uma batalha interminável, ante a mentalidade autoritária que atrapalha o movimento pela democracia.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA REGIÃO DE FRONTEIRA BRASIL-PARAGUAI

A audiência de apresentação, conhecida no Brasil como audiência de custódia tanto pela imprensa, como pelos Poderes Legislativo e Judiciário, desde a sua implantação nos tribunais, tornou-se um marco no país no que diz respeito à contenção do poder punitivo, dado que no sistema penal ocorrem as mais dramáticas violações dos direitos humanos.

Nada obstante, a audiência de apresentação do cidadão preso a um juiz imparcial, tenha como fim a avaliação da legalidade, necessidade e eventual abuso sofrido por aquele. Esta tem como função precípua a superação da cultura brasileira de aprisionamento, através da efetivação dos direitos humanos. E assim, o país não só ajusta o processo penal aos tratados internacionais de direitos humanos, como previne eventuais abusos cometidos no momento da prisão, efetivando o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade.

Diante desta assertiva mudança no processo penal brasileiro, deve-se contextualizar a audiência de custódia na zona fronteira Brasil-Paraguai, considerando suas peculiaridades, dentre as quais a facilidade de transposição das fronteiras entre estes países e a presença das organizações criminosas. Ressaltando que as leis nacionais e as instituições brasileiras que atuam na faixa de fronteira visam coibir os delitos transnacionais, tais como o tráfico de drogas, armas e munição, evasão de receitas, contrabando.

Segundo Nunes (2018, p. 74) “diante do grande volume de atividades ilícitas, as ações de instituições ligadas à segurança pública são fomentadas visando à implementação de políticas específicas e incentiva voltada à ampliação dessas ações e ao controle fronteiriço”. A autora afirma que diante de tal realidade, as forças de segurança programam novas estratégias de vigilância fronteiriça através de instrumentos tecnológicos, dentre as quais se destaca a implantação do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (Sisfron).

Para Ferraro Júnior (2011, p. 2):

Os altos índices de violência e criminalidade são características frequentes em cidades fronteiriças, tendo em vista que diferenças legais, jurisdicionais e socioeconômicas entre os Estados Nacionais potencializam a rentabilidade de atividades ilícitas, como o contrabando e o narcotráfico. Atualmente, a maior ameaça à segurança nacional, nas regiões de fronteira, é o poder paralelo que se fortalece com o crime organizado e suas redes transnacionais.

O poder paralelo, que se fortalece com o crime organizado, em verdade, trata-se de uma ameaça interna e externa, à vista que sua atuação ocorre justamente nas redes transnacionais. Nesta realidade, a fronteira se torna um ponto estratégico e lucrativo para atuação dessas organizações criminais. Diante disso, o seu combate é um desafio também para a Defesa Nacional (FERRARO JÚNIOR, 2011).

Dentro desta base factual, a audiência de custódia pode ser considerada um método de desencarceramento no estado de Mato Grosso do Sul, em razão de que a maioria dos crimes que ocorrem na zona de fronteira Brasil-Paraguai advém da atuação de organizações criminosas. Ocasionalmente ocasionando uma superlotação do sistema prisional do estado, potencializando as infrações dos direitos humanos daquele que é submetido à prisão.

Baseado em dados da Ação Cível Originária (ACO n. 2.992), que o estado de Mato Grosso do Sul ingressou no Supremo Tribunal Federal - STF, a fim de cobrar da União os gastos mensais de mais de 10 milhões com a captura e prisão de pessoas envolvidas com o tráfico internacional de drogas, armas e munições, e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ no que diz respeito à audiência de custódia e as prisões provisórias no Brasil, afirma-se que o instituto processual desponta como uma alternativa contundente e eficaz, por se tratar de inovação recente, fundada na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, na qual a autoridade judicial controla a legalidade da prisão do conduzido, verifica se os seus direitos foram preservados, bem como decide sobre a necessidade de imposição de medida de natureza cautelar ao detido.

O instituto processual penal, objeto deste trabalho, faz parte da evolução dos direitos, os quais se comprovam por intermédio de exame da legislação e jurisprudência dos últimos 30 anos, onde se constatam avanços dos direitos individuais, os quais se deram não só no campo do direito processo penal (SCHIETTI CRUZ, 2018).

O Conselho Nacional de Justiça aos analisar os dados gerais sobre o sistema carcerário, prisão provisória e audiências de custódia averiguou que no início dos anos 2000, a população carcerária era de aproximadamente 230 mil presos, tendo havido, entretanto, um crescimento significativo e constante, de cerca de 8% ao ano, chegando a um total de 607 mil presos em junho de 2014 (CNJ, 2016, p. 13).

Ocorre que, o aumento da opção encarceramento não tem sido acompanhado das garantias das condições carcerárias, potencializando a violência dentro do sistema prisional, a disseminação de doenças e o crescimento das facções criminosas (CNJ,

2016, p. 14). Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 14) a taxa de encarceramento vem crescendo no Brasil, conquanto já atinge mais de 500 presos por 100 mil habitantes nos estados do Acre, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Rondônia e São Paulo, com vários estados já aproximados desta marca.

O Conselho Nacional de Justiça (2016) afirma ainda que o número de presos provisórios ultrapassa 50% da população carcerária em nove estados brasileiros, ficando a média nacional em 40%, o que é preocupante, haja vista as tentativas de redução com a lei das cautelares (Lei nº 12.403/2011) e as Audiências de Custódia.

Nesta ótica, o presente capítulo apresentará a audiência de custódia como método de desencarceramento em Mato Grosso do Sul, a fim de ajustar o estado aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como diminuir a população carcerária deste, ante a realidade específica da criminalidade na fronteira Brasil-Paraguai.

3.1 Caracterização da fronteira Brasil-Paraguai

O processo histórico do Brasil e Paraguai se deu em condições diversas, ainda que fossem próximos e possuíssem características dos países latinos. Assim a falta de acordos bilaterais associada à ausência de cooperação transfronteiriça dificultou fluidez e porosidade territorial, bem como ocasionou entraves de ordem econômica, política, cultural, ambiental e de segurança (SOUZA, 2013).

Acrescenta-se que segundo Souza (2013), o espaço territorial e suas transformações são influenciados pela ação do capital e do Estado, haja vista que estes interferem de modo direto na organização da sociedade.

A região de fronteira brasileira foi estipulada com o nome de Faixa de Fronteira em 1974, delimitada a 150 km a partir do limite internacional, considerando o recorte municipal. E a criação desse território foi feita no prisma da segurança nacional, e assim até os dias atuais este espaço é carente de políticas públicas eficazes para a promoção do desenvolvimento econômico (MACHADO, 2005).

A faixa de fronteira corresponde à aproximadamente 27% do território nacional, compreendendo 10 estados, 588 municípios, 120 localizados na linha de fronteira e desses, 29 são cidades gêmeas, abrigando cerca de 11 milhões de pessoas e margeando 10 países da América do Sul. A linha limítrofe da fronteira do Brasil com seus vizinhos chega a ter 16.866,5 km, compreendendo a terceira maior extensão de uma fronteira da terra (BRASIL. Ministério da Integração, 2005).

O Brasil ao longo de sua história sempre apresentou problemas na definição de suas fronteiras territoriais. Durante o século XV o Tratado de Tordesilhas delimitou o território por se tratar de uma área pertencente à Espanha. Diante disso, a fronteira ficou esquecida e foi habitada por um contingente menor de população, tendo criado tradições, problemas territoriais antigos como as relações de produção, e atuais, como o tráfico, contrabando e o descaminho (VEDANA, 2012).

A região de fronteira pesquisada é marcada por sequelas da Guerra do Paraguai. Persiste uma rivalidade velada entre os dois países que é minimizada pela integração das populações de cidades gêmeas²⁰ como Ponta Porã e Pedro Juan Caballero e, conseqüentemente, da cultura e economia dos dois Estados. No caso das cidades gêmeas citadas, os territórios nacionais terminam em uma avenida localizada sobre o limite internacional. A zona fronteiriça objeto do presente estudo tem como base da economia a agropecuária, sendo marcada pela presença do guarani como idioma de parte da população, uma vez que tais países têm uma parcela de seus habitantes de ascendência indígena.

Por outro lado, a fronteira, enquanto zona de fronteira, deve ser analisada de um contexto de integração regional e globalização, percebida como uma porção territorial que emerge do limite institucionalizado. Desta feita, a zona de fronteira remete à ligação entre territórios, contudo diversa do conceito tradicional de território nacional, ou seja, trata-se de um território transnacional, submetido a influências locais e internacionais que reconfiguram esse espaço dividido (COSTA, M. 2017).

Nesta ótica, cabe enquadrar o conceito de fronteira sob a ótica realista, transnacional e global. O paradigma realista é caracterizado pelo Estado como ator principal, pela desconfiança mútua e pela securitização da fronteira (COSTA, M. 2017, p. 42). Nesta percepção, a fronteira é muito importante e por isso deve ser protegida, bem como os aspectos de segurança estão acima dos benefícios econômicos. O paradigma transnacional é caracterizado pela interdependência entre Estados e atores não-estatais e pela mescla de políticas que abrem e fecham as fronteiras a depender do fluxo transnacional. Segundo Costa M. 2017, p. 42, neste caso, “a ação na fronteira é

²⁰ O Poder Executivo Federal, através da Portaria nº 125, de 21 de março de 2014, considerou, em seu artigo primeiro, como cidades gêmeas: [...] os municípios cortados pela linha de fronteira, seja essa seca ou fluvial, articulada ou não por obra de infraestrutura, que apresentem grande potencial de integração econômica e cultural, podendo ou não apresentar uma conurbação ou semi-conurbação com uma localidade do país vizinho, assim como manifestações "condensadas" dos problemas característicos da fronteira, que aí adquirem maior densidade, com efeitos diretos sobre o desenvolvimento regional e a cidadania.

caracterizada pela interação entre os Estados e os atores não-estatais de diversas nacionalidades”. Por fim, o paradigma global é caracterizado pelo cosmopolitismo, redução das fronteiras e liberação dos diversos fluxos. Costa, M. 2017, p. 53, afirma que, no aspecto global, “a fronteira tem importância apenas simbólica por não constituir uma barreira em nenhuma dimensão, sendo livres para bens, capitais, informações e pessoas”.

Em razão da importância e das novas atribuições das cidades que fazem fronteira com outros países, se faz necessário ainda diferenciar faixa de fronteira e zona ou área de fronteira. Faixa de fronteira pode ser conceituada como uma linha geopolítica determinada em acordos e tratados, que se refere a espaços delimitados concretamente e dizem respeito à soberania nacional (SILVA; OLIVEIRA, 2008).

A região é uma dimensão real da vivência dos indivíduos e dos grupos, sendo que a partir dela cria-se uma base territorial comum para um dado quadro de referência de pertencimento e identidades (HAESBAERT, 2004).

O presente trabalho acadêmico focalizou a pesquisa no conceito de região fronteiriça, dado que este se delimitou no estudo da criminalidade, violência, crimes transnacionais, aplicação das leis, e principalmente da eficácia da audiência de custódia nos municípios de Ponta Porã e Dourados/MS.

As fronteiras como regiões geográficas se diferenciam das demais regiões de um Estado nacional em virtude das interações internacionais cotidianas, desenvolvidas por meio de fluxos de pessoas, mercadorias, recursos financeiros, entre outros, podendo trazer impactos positivos ou negativos, dependendo da atuação e do investimento dos países limítrofes.

Na fronteira as atividades legais e ilegais se realizam constantemente, exigindo cuidados e leis que protejam os territórios. Para Vedana (2012), a fronteira entre Brasil-Paraguai não se limita apenas a problemas inerentes a todas as fronteiras internacionais, dado que o intenso intercâmbio gera um fluxo de mercadorias singular, destacando a região como volante no desenvolvimento econômico no estado do Mato Grosso do Sul. Desse modo, a pouca ou nenhuma fiscalização existente em algumas áreas da região possibilita o cometimento de inúmeros crimes transnacionais.

Nos últimos anos, o crescente número de crimes produzidos na faixa de fronteira do Brasil tem sido um problema de difícil enfrentamento por parte das autoridades, fato que justifica estudos das ciências sociais e humanas, sobretudo, no que tange ao fortalecimento da soberania do Estado e das políticas públicas de segurança na zona de

fronteira. É neste contexto que a criminalidade na fronteira Brasil-Paraguai, analisada nos municípios sul-mato-grossenses de Dourados e Ponta Porã e no município de Pedro Juan Caballero, localizado no Departamento Amambay, Paraguai, e a eficácia da audiência de custódia como método de desencarceramento no Mato Grosso do Sul será abordada no presente trabalho.

No Brasil, a definição da fronteira como “faixa” é prevista na Constituição Federal de 1988 (Art. 20, §2º): “A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei”. No Paraguai, a lei nº 2.532 de 2005 estabelece uma faixa de cinquenta quilômetros, correspondente à Zona de Segurança Fronteiriça (FERRARO JÚNIOR, 2011, p. 4).

O controle da soberania e a preocupação com a segurança nacional configuram obstáculos ao desenvolvimento nas zonas de fronteira. Por sua vez, as diferenças entre as leis, as limitações fáticas e de segurança e a corrupção tornaram-se, ao longo do tempo, um atrativo para a impunidade e deram margem para a atuação de narcotraficantes, contrabandistas, traficantes de armas e pessoas etc. (FERRARO JÚNIOR, 2011).

As medidas voltadas ao controle da fronteira, tomadas pelas autoridades dos dois países, impactam o cotidiano dos fronteiriços. Os Estados nacionais atuam no sentido de filtrar os fluxos e facilitar ou dificultar a entrada de determinados indivíduos, bem como de cercear as redes de ilícitos.

Cabe ressaltar que a repressão à criminalidade, que deveria ocorrer de forma efetiva na zona de fronteira, não se mostra eficaz quando não acompanhada de uma política de geração de emprego, uma vez que é no ambiente de pobreza e desemprego que a violência cresce exponencialmente, constituindo a brecha que a criminalidade utiliza para cooptar pessoas e inseri-las em atividades como tráfico de drogas, pessoas e armas, contrabando, descaminho, entre outros.

E é nesta região que as organizações criminosas vislumbraram uma oportunidade de negócios, tornando-a um lugar próspero para atuação de crimes, especialmente os transnacionais. Para combater esta criminalidade organizada no Brasil, o Estado deve fundar-se nas mudanças oriundas da chamada era da globalização (FAISTING; CARBONARI, 2016), e ao agir assim, deve não mais analisar o território

nacional como um todo, mas baseado nos fenômenos contemporâneos, como o fluxo de migrantes, mercadorias e capitais nas fronteiras (BARREIRA; ADORNO, 2010).

Destarte, com o ingresso das mercadorias ilícitas nestas regiões, o problema da fronteira demanda focalizar não apenas a soberania e defesa nacional, como também a segurança pública e a criminalidade violenta presentes nos grandes centros urbanos (PEREIRA; DIAS, 2017).

Para tanto, o Estado não pode limitar-se a tática da “guerra às drogas”, que aponta para um enfrentamento bélico e estritamente repressor à questão da economia da droga, dado que assim será muito difícil superar o atual quadro de agravamento de violência no país inteiro (PEREIRA; DIAS, 2017).

Ante esta perspectiva e fundado numa visão humanística é que a pesquisa contextualiza a audiência de custódia como alternativa eficaz para o enfrentamento do encarceramento nesta região fronteiriça, que abarca os municípios sul-mato-grossenses de Ponta Porã e Dourados.

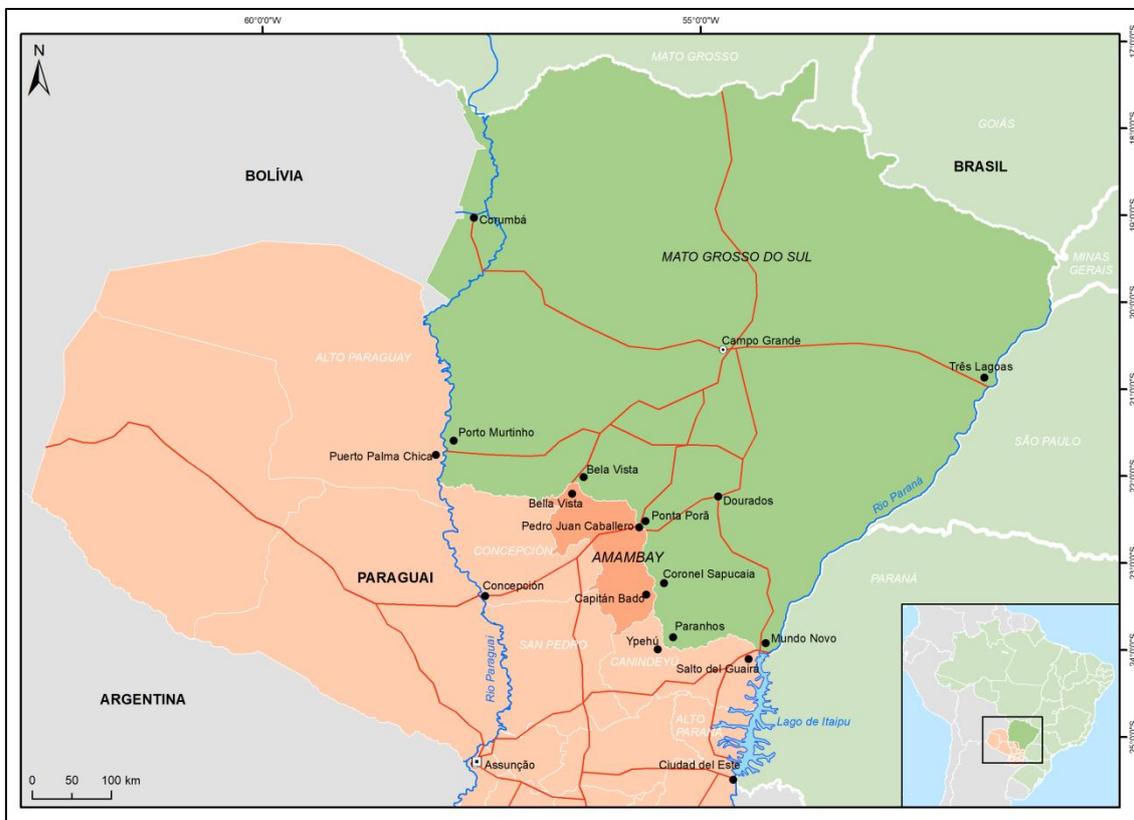
3.2 Criminalidade e fronteiras em Mato Grosso do Sul

No que tange às relações Brasil-Paraguai, a partir do primeiro governo Vargas (1930-1945) houve uma aproximação maior entre os países, tendo o Brasil começado a visualizar o Paraguai como um parceiro estratégico. Em decorrência dessa primeira aproximação, ampliada nas décadas seguintes e consolidada durante o regime militar brasileiro (1964-1985) houve o afluxo de brasileiros e paraguaios dos dois lados da fronteira, aumentando o desenvolvimento do comércio, legal como ilegal, bem como da dependência econômica e da projeção da cultura e da economia brasileiras no Paraguai (LOBO, 2015).

A aproximação entre o Paraguai e o Brasil ganhou grande impulso com a construção da usina de Itaipu Binacional, que tornou a fronteira mais permeável, havendo inclusive a imigração de brasileiros para o Paraguai, a partir da década de 1970. No decorrer da década de 1990, as mudanças provocadas pelas reformas políticas e econômicas no mundo, concomitantemente ao advento das inovações tecnológicas, reestruturam a sociedade global, provocando a ampliação dos mercados, o aumento do fluxo de capitais, entre outras ações, o que resultou no aprofundamento da integração mundial (PEREIRA; DIAS, 2017). Nesse contexto, a fronteira Brasil-Paraguai, em

especial a zona fronteiriça entre o Mato Grosso do Sul e o Departamento Amambay (Mapa 1) passaram a sofrer grandes transformações.

Mapa 1. Zona de fronteira entre Mato Grosso do Sul e Amambay.



Autores: Angela Cristina Diniz Bezerra Carniel e Camilo Pereira Carneiro, 2018.

As redes criminais que operam no estado do Mato Grosso do Sul e no Departamento Amambay passaram a acompanhar as transformações ocorridas no mundo e com isso lograram obter vantagens, dando início a uma descentralização do seu *modus operandi*, flexibilizando as relações transnacionais, adquirindo assim relevância cada vez maior. A intensificação das atividades criminosas resultou no crescimento do volume de dinheiro obtido de forma ilícita, bem como no investimento desses valores na economia formal (PEREIRA; DIAS, 2017). As organizações criminosas, em especial o Primeiro Comando da Capital (PCC), visualizaram na zona de fronteira Brasil-Paraguai um grande potencial para o crescimento de suas atividades.

Muitas pessoas em situação de vulnerabilidade nas cidades da fronteira Brasil-Paraguai, como Ponta Porã, Pedro Juan Caballero e Dourados, inclusive os indígenas, são arregimentados por organizações criminosas e acabam sendo usados como “laranjas” ou “mulas” na realização dos crimes de descaminho e contrabando. Tais

indivíduos geralmente percebem estas atividades ilícitas como uma profissão ou uma oportunidade financeira. Noutra senda, os donos da mercadoria ilegal, os líderes dos grupos criminosos, transferem a estes os riscos da prisão e do enfrentamento com as autoridades policiais.

Na zona de fronteira Brasil-Paraguai os crimes mais comuns são o tráfico de drogas, descaminho e o contrabando, em especial o de cigarros, que hoje é um dos crimes mais rentáveis, alcançando uma margem de lucro igual ou maior do que a do tráfico de drogas (PEREIRA CARNEIRO, 2016).

A diferença entre tráfico, contrabando e descaminho é a ilicitude do objeto. No Brasil, o tráfico é previsto em lei especial, como a lei do estatuto do desarmamento e a lei de drogas. Já o contrabando e o descaminho são previstos no Código Penal.

Segundo a Receita Federal (2017), durante o 1º trimestre de 2017, houve um crescimento do total de apreensões de drogas, quando comparado ao total de 2016. Nos primeiros semestres de 2017 foram apreendidas mais de 14 toneladas de cocaína, quantidade aproximada do total da droga apreendida em todo o ano de 2016. Quanto à maconha, foram apreendidas mais de 28 toneladas desde o início de 2017.

Quanto aos crimes de contrabando e descaminho, percebe-se que na fase de coordenação encontram-se os gerentes do crime, os quais dificilmente são presos pela prática dessas atividades criminosas ou mesmo por formação de quadrilha, enquanto na fase de execução há a atuação da classe baixa, como os “laranjas” (COSTA, A. 2017).

Neste contexto, podemos ressaltar que a apreensão de cigarros é uma das mais preponderantes em toda apreensão de mercadorias da Receita Federal (2017). A quantidade de maços de cigarros apreendidos até o mês de setembro de 2017 foi superior a 160 milhões, representando um quantitativo 27,27% superior em relação ao mesmo período de 2016.

É importante ressaltar que as organizações criminosas possuem nas zonas de fronteira membros infiltrados nas diversas classes sociais, os quais são conhecidos como “coiotes” ou “gatos” e ali residem, pois conhecem as rotas e peculiaridades locais, sendo responsáveis pelo aliciamento e recrutamento de pessoas, denominadas “mulas”, que não possuem qualquer envolvimento anterior na prática de crimes, devido a dificuldades financeiras, falta de oportunidades no mercado de trabalho ou deslumbramento com o mundo do crime e ainda atraem pessoas para o tráfico humano ou para o trabalho escravo (BATISTOTE; NEPOMUCENO, 2018).

No que tange ao comércio ilegal de armas, o mesmo encontra-se intrinsecamente articulado ao narcotráfico, sendo comum a utilização das mesmas rotas e dos mesmos grupos no transporte desses dois tipos de mercadorias ilícitas. De acordo com o Instituto Viva Rio, em 2005, 17.400.000 armas estariam em circulação no Brasil, sendo que 90% seriam particulares e não pertencentes ao Estado. Cerca de 50% delas, algo em torno de 8.500.000 armas, não seriam legalizadas e 3.800.000 estariam nas mãos do crime organizado. A grande maioria dessas armas, em geral de pequeno porte, foi vendida legalmente, chegando posteriormente à ilicitude (BANDEIRA, 2008).

Por outro lado, a relação entre o “circuito sacoleiro” e o contrabando²¹ de armas e drogas é mais delicada, pois ambas as atividades possuem organizações semelhantes e, muitas vezes, ocupam o mesmo espaço de distribuição. Esta situação dá margem a generalizações e a uma condenação primária de qualquer prática social vinculada ao transporte ilegal de mercadorias disponibilizadas no Paraguai, independentemente do tipo da mercadoria. Deste modo, o contrabandista responsável pela negociação de produtos ilícitos, como drogas, não é diferenciado daquele que trabalha transportando e revendendo peças de computador, por exemplo, sem o pagamento dos tributos específicos. Com isso, atividades juridicamente distintas acabam sendo equiparadas na cotidianidade pela mídia e pela forma de combate exercida pela Receita Federal e pela Polícia Federal (CARDIN, 2012).

As discussões acerca dos crimes de contrabando e descaminho geralmente abordam somente a figura do “laranja”, deixando de lado o fato de configurarem crimes transnacionais que contam com a participação de atores envolvidos que movimentam bilhões de dólares ilegalmente e que, por sua vez, cometem crimes associados a estes, como sonegação fiscal, corrupção ativa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas (COSTA, A. 2017).

De acordo com o IDESF (2016), em muitas pequenas cidades do interior do Brasil, o contrabando é a principal atividade laboral da população. Esta, por sua vez, acarreta sérios problemas econômicos e sociais, como evasão escolar, subdesenvolvimento econômico, corrupção, entre outros. Estes problemas são minimizados pela própria população que, vítima de um círculo vicioso, aceita as

²¹ No Brasil existe uma diferenciação jurídica entre descaminho e contrabando. De acordo com o Código Penal Brasileiro, o descaminho corresponde à compra de mercadorias estrangeiras sem o pagamento do imposto correspondente. Por outro lado, o contrabando consiste na importação e exportação de mercadorias proibidas, como armas, cigarros e drogas, por exemplo.

condições impostas pelos grandes contrabandistas, enquanto estes exercem controle total, desde a política local à sensação de falso bem-estar dos cidadãos.

Os donos dos produtos contrabandeados e da droga apreendida normalmente não são punidos por suas condutas criminosas, enquanto os denominados “laranjas” – pequenos contrabandistas, o elo mais frágil da cadeia – compõem a maioria da massa carcerária do país. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2016), 74,03% da população carcerária do Brasil é composta pelos responsáveis por delitos patrimoniais e tráfico de drogas.

Entretanto, ante a existência de leis mais brandas, como as de contrabando e descaminho (delitos que atualmente estão previstos na legislação brasileira pela Lei 13.008/2014) e a insignificante fiscalização na fronteira, a atuação dos grupos criminosos tem avançado rapidamente, resultando no aumento da violência e da criminalidade, bem como na evasão de receitas, o que gera um prejuízo muito expressivo para o Brasil em termos de arrecadação de tributos.

No que tange aos aspectos culturais, ante a presença das organizações criminosas aufere-se que há aceitação social quanto ao cometimento de crimes, como o contrabando e o descaminho, percebidos pelos fronteiriços como atividades laborais corriqueiras. Destaca-se, entretanto, que estas atividades ilícitas só existem devido ao fato de haver uma demanda no resto do país. Sem esta demanda, estes atos criminosos aconteceriam com menor frequência.

O baixo nível de desenvolvimento das zonas de fronteira e as escassas oportunidades de emprego fazem com que muitas pessoas encontrem nas atividades ilícitas uma oportunidade de obtenção de renda. Em um ambiente de pobreza e desemprego a violência aumenta em meio às disputas entre organizações criminosas que cooptam pessoas em situação de vulnerabilidade. O Estado, ao não investir no desenvolvimento socioeconômico das regiões de fronteira, como é o caso de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero, faz com que parte da população fronteiriça fique a mercê da criminalidade.

Muito embora existam legislações inibidoras ao crime organizado transnacional, tais como a Estratégia Nacional de Defesa, bem como o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteira, o enfrentamento dos delitos transnacionais não tem surtido os efeitos desejados. O encarceramento de pessoas envolvidas nas atividades ilícitas atinge, quase que exclusivamente, os mais pobres, que estão na ponta do circuito,

enquanto os mandantes, que movimentam bilhões de dólares, geralmente ficam impunes.

3.2.1 Segurança pública na fronteira Brasil-Paraguai

A segurança na Política Nacional de Defesa brasileira é entendida como uma condição de preservação de soberania e da integridade territorial livre de pressões e ameaças. Essa condição deve ser garantida pela Defesa Nacional que é conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais do Brasil (MINISTÉRIO DE DEFESA, 2012).

Destaca-se que, no plano operacional, o Plano Estratégico de Fronteiras se apoia nos Centros de Operações Conjuntas, integrados por representações de todas as Forças participantes das operações. Abordar-se-á três operações, que têm sido conduzidas pelo Ministério da Defesa, da Justiça e da Fazenda, respectivamente. O Ministério da Defesa lidera a Operação Ágata, conduzida pelas Forças Armadas em coordenação com outros órgãos federais e estaduais na faixa de fronteira, a fim de combater delitos transfronteiriços e ambientais. O Ministério da Justiça, por sua vez, mantém uma operação de caráter permanente, denominada Operação Sentinela, a qual engloba a Polícia Federal, as policiais civis e militares dos estados, a Polícia Rodoviária Federal, as Forças Armadas, a Força Nacional de Segurança Pública e a Receita Federal. Por fim, o Ministério da Fazenda, por meio do Departamento da Receita Federal comanda a Operação Fronteira Blindada, a qual existia em caráter reduzido antes do Plano Estratégico de Fronteiras, porém depois deste, ganhou amplitude, ao tempo que almeja a articulação com demais órgãos na faixa de fronteira, bem como se trata de uma operação permanente (COSTA, M. 2017).

No Ministério da Justiça, o Plano Estratégico de Fronteiras – PEF se baseia em projetos e ações da Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Departamento da Polícia Federal, do Departamento da Polícia Rodoviária Federal e da Secretaria Nacional da Justiça (BRASIL, 2011).

Com a finalidade de criar proteção fronteiriça foi criado o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras - SISFRON. Este sistema surgiu como um sistema integrado de sensoriamento, auxílio à tomada de decisão e de emprego operacional, a fim de fortalecer o papel do Estado na faixa fronteiriça. O SISFRON, que foi idealizado no ano de 2009, faz parte da Estratégia Nacional de Defesa, sendo guiado pelo comando

de mobilidade, monitoramento/control e presença territorial (VASCONCELOS FILHO, 2014).

O artigo 144 da Constituição Federal do Brasil de 1988 assevera que a segurança pública é exercida por intermédio da Polícia Federal, Rodoviário Federal, Ferroviária Federal, Civil, Militar e Corpos de Bombeiros Militar, a fim de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

No que tange à segurança pública, é importante destacar que uma das principais motivações para a criação do MERCOSUL, em 1991, foi facilitar a ação do poder judiciário e das autoridades policiais nas zonas de fronteira. Não obstante, tais objetivos ainda não foram atingidos a contento. Na fronteira Brasil-Paraguai os bandidos se valem de estratégias tradicionais e, sempre que necessário, se refugiam do outro lado da fronteira (WAGNER, 2003).

Estabelecer-se como força dominante no Paraguai foi o mais ousado plano de expansão do Primeiro Comando da Capital. O Paraguai é essencial ao esquema criminoso da facção, pois o clima e o solo do país são favoráveis ao cultivo de maconha. Nos últimos anos, os produtores locais passaram a adotar em larga escala o plantio da maconha transgênica: uma semente geneticamente modificada que reduz o tempo de colheita de 180 para 90 dias e que fez eclodir a produtividade. A fiscalização insuficiente, a corrupção e a impunidade facilitam o comércio da droga (RIBEIRO; CÔRREA, 2018a).

Em 2003, estimava-se que 70% da maconha em circulação no Brasil provinham da zona de fronteira com o Paraguai. Por conta do tráfico de drogas, localidades como Coronel Sapucaia, no oeste do Mato Grosso do Sul, cidade gêmea de Capitán Bado, no Paraguai, passaram a ser conhecidas internacionalmente, apesar de suas pequenas populações (WAGNER, 2003).

Conforme o Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO), no período de 12/10/2015 a 12/10/2016 foram registradas 2.260 ocorrências envolvendo tráfico de drogas no estado do Mato Grosso do Sul. Deste total, 76,3% se deram no interior do estado, sobretudo na faixa de fronteira (BATISTOTE; NEPOMUCENO, 2018).

Ademais, segundo o Relatório da Confederação nacional dos Municípios (FENAPEF, 2016), violência, roubo, furto e aliciamento de crianças e adolescentes são as principais externalidades do tráfico no Brasil. Nos últimos anos, a maior parte das apreensões decorrentes do tráfico de drogas tem sido de pessoas do sexo feminino e de

menores de idade. Isso ocorre em virtude da vulnerabilidade destas pessoas exploradas pelas organizações criminosas (BATISTOTE; NEPOMUCENO, 2018).

Lamoso (2015) afirma que no âmbito da segurança pública dos municípios da faixa de fronteira, entre 2007 e 2011, os tipos de crimes mais recorrentes foram os homicídios. No referido período verificou-se que a incidência deste tipo de crime foi maior nos municípios localizados na faixa de fronteira. Em decorrência do grave cenário vivenciado na fronteira, o governo federal passou a dedicar maior atenção à segurança pública nesta parte do território nacional e no ano de 2011, por meio do Decreto nº 7.496, criou o Plano Estratégico de Fronteiras, no âmbito da Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras – ENAFRON –, que objetiva intensificar o controle e a fiscalização nas fronteiras brasileiras e especialmente, a prevenção, controle e repressão de delitos transfronteiriços e delitos praticados nas regiões de fronteiras em parceria com estados e municípios.

O município de Dourados concentra a grande maioria das instituições de justiça e segurança da faixa de fronteira ao sul do estado e abriga duas varas da Justiça Federal e uma unidade do Ministério Público Federal, delegacias especializadas, como a Delegacia da Defesa da Mulher e a Delegacia da Infância e Juventude, também é o único município da Grande Dourados que possui uma Delegacia Especializada nas Operações de Fronteira (DEFRON), que atua em parceria com as demais forças, em especial com o Departamento de Operações de Fronteira (DOF) – única experiência concreta de integração entre as Polícias Civil e Militar no Brasil²². Dourados conta ainda com uma unidade da Força Nacional, que tem a missão de vigiar a faixa de fronteira e combater o tráfico e que também atua nas comunidades indígenas (FAISTING; CARBONARI, 2016).

A zona de fronteira é caracterizada por uma superposição de elementos socioculturais e de intercâmbio econômico, tanto legal como ilegal. Nas cidades gêmeas de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero as populações brasileira e paraguaia convivem de maneira próxima e as duas localidades funcionam como se um único município fosse (BENTANCOR, 1995).

Esta parte da fronteira brasileira tem sofrido os impactos de uma guerra do tráfico que transformou algumas cidades do Mato Grosso do Sul nos lugares mais

²² O DOF se tornou um departamento apenas em 2009, pois desde 1987, quando foi criado, era apenas um grupo de operações de polícia.

violentos do Brasil. Proporcionalmente, mata-se mais ali do que nos grandes centros do país. Segundo a Secretaria de Segurança do Mato Grosso do Sul, em Ponta Porã são registrados 48 homicídios para cada grupo de 100 mil habitantes. Em Coronel Sapucaia o índice chega a 55 assassinatos por 100 mil habitantes (o município ostenta o título de mais violento do Brasil, registrando uma taxa de 107 homicídios para cada 100 mil habitantes). O delegado de polícia da cidade afirma que se mata por R\$ 100,00 (cem reais). Coronel Sapucaia possui uma média muito superior à de Rio de Janeiro (21) e São Paulo (12). Grande parte dos homicídios está ligada ao tráfico de drogas. O aumento do tráfico resultou na superlotação das penitenciárias do Mato Grosso do Sul. Mais de 40% da população carcerária do estado é de traficantes de drogas e armas que atuam na fronteira com o Paraguai e com a Bolívia (RIBEIRO; CÔRREA, 2018a).

Ressalta-se que a faixa de fronteira seca do Mato Grosso do Sul com o Paraguai é composta pelas rodovias estaduais MS-165, MS-385, MS-267, MS-299 e estradas rurais e municipais. Existem aproximadamente 1.131 km de estradas, em sua grande maioria sem pavimentação, que atravessam áreas rurais carentes em infraestrutura. Registra-se ainda a ausência de policiamento, o que dá margem a atividades ilícitas (BATISTOTE; NEPOMUCENO, 2018).

A criminalidade na fronteira impacta o sistema prisional do Mato Grosso do Sul. Lamoso (2015) destaca que no presídio Amorim Costa, localizado em Dourados, a capacidade instalada em outubro de 2013 era de 718 detentos. No mês e ano em questão havia 1.841 detentos, deste total, 30% eram originários de outros estados, capturados em atividades ilegais em sua passagem por Mato Grosso do Sul. Na distribuição física, as alas eram destinadas de acordo com a facção criminosa do detento (com destaque para o grande número de membros do Primeiro Comando da Capital – PCC). Alguns criminosos se autodenominam do Primeiro Comando de Mato Grosso do Sul (PCMS) e outros do Primeiro Comando de Dourados (PCD).

Batistote e Nepomuceno (2018) constataram que o número de presos do Mato Grosso do Sul é elevado em relação ao tamanho da população. A média mundial é de 144 presos por 100 mil pessoas, enquanto no Brasil é de 306 para cada 100 mil habitantes, já no Mato Grosso do Sul (estado que lidera o ranking nacional) é de 568,9 presos por 100 mil habitantes. Diante do quadro exposto, evidencia-se que outro desafio para as zonas de fronteira é a superlotação das prisões. O grande número de condenados envolvidos com o tráfico internacional de drogas potencializa a troca de informações e a articulação de redes criminosas com base nos presídios (INFOPEN, 2014).

3.2.2 Os impactos da criminalidade nas leis e a presença de organizações criminosas na zona de fronteira Brasil-Paraguai

Scherma (2015) entende que apenas os Estados nacionais teriam a prerrogativa legal para atuar em suas fronteiras, sem a interferência de outros atores. Tal ideia é corroborada pela capacidade soberana de um Estado elaborar suas próprias leis. Não obstante a prerrogativa do Estado nacional de ter o monopólio do uso da força e da elaboração de legislação, na fronteira Brasil-Paraguai percebe-se a existência de poderes paralelos que competem com os Estados nacionais pelo controle de extensas áreas que muitas vezes se sobrepõem aos limites internacionais. Tais poderes são exercidos por grupos criminosos que possuem ramificações nos dois lados da fronteira e que constituem um verdadeiro desafio às autoridades dos dois países.

Segundo Vasconcelos Júnior (2018), as mercadorias que adentram ilegalmente o território brasileiro têm demanda comum no mundo, tais como a maconha, o cigarro, etc., trazendo um crescimento da criminalidade brasileira a partir da fronteira paraguaia, onde há registros de atuação de organizações criminosas de várias partes do planeta (TUROLLO JR, 2015).

Face ao quadro de vulnerabilidade das fronteiras do país, em 2008 o governo federal promulgou o Decreto nº 6.703, que disciplina a Estratégia Nacional de Defesa. Dessa forma, o Brasil passou a tentar exercer um controle mais rígido de suas fronteiras, ainda que a eficácia da estratégia tenha sido questionada.

Nesse sentido, no tocante ao contrabando na fronteira do Brasil com o Paraguai, em Foz do Iguaçu, as apreensões da Receita Federal, no ano de 2014 atingiram 500 milhões de reais, enquanto que de janeiro a julho de 2015 chegaram a 233 milhões de reais. Apenas uma pequena parcela do contrabando é apreendida e o lucro obtido com a venda ilegal de drogas é enviado para paraísos fiscais, prejudicando exponencialmente as investigações (VASCONCELOS JÚNIOR, 2018).

No que diz respeito ao contrabando de cigarros, o Paraguai ostenta números expressivos. O país produz 67 bilhões de unidades por ano, ou 3,3 bilhões de maços, um negócio que movimenta R\$ 5 bilhões. O Brasil é o principal destino do cigarro paraguaio e esta modalidade de contrabando vem ganhando destaque entre os negócios ilícitos na fronteira com o Paraguai (IDESF, 2015).

Para D'Angelo e Santos (2018), os principais fatores que dificultam o combate ao contrabando e ao descaminho são: a distorção do regime de bagagem pelos viajantes;

o elevado número de turistas que fazem compras no Paraguai; a aceitação social dos crimes de contrabando e descaminho; o destemor do infrator diante da condenação penal; a percepção de risco em grau que não é capaz de desestimular o infrator; a insuficiência de efetivo dos órgãos do Estado responsáveis pelas atividades de prevenção e repressão aos ilícitos; e a manutenção dos interesses estratégicos do Brasil no Paraguai.

Na ótica de Vasconcelos Júnior (2018), a atual realidade dos crimes de contrabando e descaminho na fronteira Brasil-Paraguai, somada ao prognóstico histórico de aceitabilidade de condutas, fez nascer uma atividade quase “oficializada” nesta fronteira: a profissão de contrabandista, que possui outras denominações, como sacoleiros, mezeteiros, cigarreiros, etc. O contrabando resulta em contínua recaptura de indivíduos que incidem nestes crimes, demonstrando não só o descaso dos infratores com a conduta delitativa, como a convicção de que exercem atividades regulares para o sustento de suas famílias.

Nas cidades de fronteira existe uma tendência à informalidade, sendo que nelas ocorre um contrabando generalizado que é aceitável pela sociedade local. Contudo, o lucro dos contrabandistas, conseguido com o não recolhimento dos tributos, gera enorme diminuição da arrecadação no Brasil (IDESF, 2015).

Segundo Costa (2012), organizações criminosas se reúnem em cenários de instabilidade, como o da fronteira Brasil-Paraguai, haja vista que nestes locais podem fazer uso da estrutura construída por meio de violência para atingir seus fins. Para Pereira Carneiro (2016), o tráfico de drogas, o contrabando de cigarros e o roubo de automóveis estão entre as principais atividades de organizações criminosas que atuam na zona de fronteira entre os dois países.

Além da existência de crimes transnacionais como o contrabando e o tráfico de armas e drogas, a fronteira Brasil-Paraguai é vulnerável ao tráfico internacional de seres humanos. Martuscelli (2013) afirma que o Brasil figura entre os maiores exportadores do mundo de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual.

Neste contexto, podemos ressaltar que a apreensão de cigarros é uma das mais preponderantes em toda apreensão de mercadorias da Receita Federal (2017). A quantidade de maços de cigarros apreendidos até o mês de setembro de 2017 foi superior a 160 milhões, representando um quantitativo 27,27% superior em relação ao mesmo período de 2016.

Destaca-se que a presença do crime organizado configura um obstáculo a mais para uma política de fronteira que busque reconfigurar as funções tradicionais de controle e separação para um ideal de cooperação e integração. Neste sentido, cabe destacar que ao longo dos mandatos do presidente Lula da Silva (2003-2010), o governo brasileiro impulsionou a integração sul-americana por meio de uma estratégia que tinha o Brasil como protagonista. A partir das obras de infraestrutura de energia, transportes e comunicações da IIRSA-COSIPLAN a fronteira passou a ganhar novos enfoques por parte dos Estados nacionais, recebendo novas funções, como integração e cooperação, por meio de obras como pontes, rodovias, etc. (COSSUL; PEREIRA CARNEIRO, 2017).

Contudo, em 2011, no governo Dilma Rousseff, as ações, políticas e projetos para o desenvolvimento socioeconômico da faixa de fronteira começaram a perder espaço em função da prioridade dada às tradicionais funções de defesa e segurança (implantação do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON), o que pode indicar um enfraquecimento do viés de integração. As políticas focadas na promoção do desenvolvimento, através da cooperação continuaram existindo, mas se tornaram menos institucionalizadas e passaram a receber menos recursos (SCHERMA, 2016).

No tocante ao enfoque que o governo brasileiro passou a dar à securitização da faixa de fronteira, em 2012 foi criado o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteira para o monitoramento e vigilância das fronteiras (D' ANGELO; SANTOS, 2018). Já em 2016, dando sequência à política de securitização das fronteiras, o governo federal, por meio do Decreto Presidencial nº 8.903, criou o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras, estabelecendo novas linhas de atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira do Brasil.

Destaca-se que a Lei nº 12.850/2013 que dispõe sobre Crime Organizado entrou em vigor em 19 de setembro de 2013, foi editada com o fito de adimplir obrigações internacionais a que o Estado Brasileiro se comprometeu, por ocasião da ratificação da Convenção de Palermo, em 29 de janeiro de 2004. Esta lei inaugurou no sistema brasileiro a tipificação do crime organizado, dado que a revogada lei 9.034/95 sequer definia o que seria crime organizado, apesar de ter sido editada especificamente com o fim de combatê-lo.

Neste sentido, ressalta-se que a melhor maneira de combater o crime organizado transnacional seria a realização de uma cooperação jurídica, policial e de inteligência,

evitando conseqüentemente que os criminosos se utilizem das diferentes jurisdições e fronteiras como benefício próprio para se protegerem e aumentarem seus lucros (UNODC, 2010).

Considerando que o direito também evolui com a globalização, houve a necessidade de adequação das instituições jurídicas a este novo mundo. E a maneira de realizar esse ajuste deu-se por intermédio da cooperação internacional (Decreto nº 5.015/04), a qual eficazmente procurou combater todos os tipos de crimes transnacionais com o apoio das leis de cada país (ZAVASCKI, 2010).

No ano de 2019, o governo federal, por sua vez, sancionou a Lei nº 13.804/2019, que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao contrabando, descaminho, furto, roubo e à receptação. Esta lei altera o Código de Trânsito Nacional, a fim de que o condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos artigos 180, 334 e 334-A do Código Penal, condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Por outro lado, a Lei nº 13.804/2019 permite ao condutor condenado requerer sua reabilitação, desde que se submeta a todos os exames necessários à habilitação. No caso de o condutor ser preso em flagrante na prática desses crimes a lei faculta ao juiz, em qualquer fase ou da ação penal, caso haja necessidade para a ordem pública, como medida cautelar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação de autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Diante disso, vê-se que as fronteiras é ponto central, quando se trata de defesa do território. O tráfico de drogas e armas, o contrabando de mercadorias e a proximidade com áreas de atuação das organizações criminosas são problemas que preocupam o governo em relação à segurança desta região.

Por fim, constata-se que o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (Sisfron), projeto iniciado em 2012 e implantado em 2013, que possui o grande desafio de monitorar os 16.866 quilômetros de fronteira terrestre, atualmente monitora 660 quilômetros, ou seja, apenas 4% das fronteiras nacionais (MARIZ, 2017). Não bastasse isto, entre os anos de 2016 e 2017, o governo federal cortou pela metade os

investimentos planejados pelo Exército na defesa das fronteiras de Mato Grosso do Sul, para combater o tráfico e a entrada de drogas no país (PADILHA, 2018).

3.3 Estrutura e natureza do encarceramento em massa em Mato Grosso do Sul

O estado de Mato Grosso do Sul é diretamente afetado com o contingente de pessoas presas por tráfico de drogas e armas, advindo de sua fronteira. Os dados estatísticos demonstram que 60% da droga apreendida no Brasil, vêm das fronteiras do estado (MOURA, 2018). Além disso, pelo menos 95% das armas de fogo adentraram o território nacional pelo Paraná ou pelo Mato Grosso do Sul, tendo como destino São Paulo e Rio de Janeiro (CAMPOREZ, 2018). Camporez (2018) constatou ainda, mediante pesquisa na Polícia Federal e Rodoviária Federal, que os estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraná são responsáveis por 70% das ocorrências relacionadas a crimes de fronteiras.

Diante dessa realidade, somada a necessidade de potencializar a defesa da fronteira nacional, existe um projeto que faz parte da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 03/2018 e se encontra no Senado Federal, que propõe a criação da Polícia Nacional de Fronteiras como caminho para resolver o estado de abandono das regiões de fronteiras, especialmente com a Bolívia e o Paraguai, por Mato Grosso Sul, as quais são portas abertas para a entrada de drogas, armas e munições traficadas (GOMES, 2018).

Fundada na preocupação da segurança pública, a sociedade tem debatido com intensidade este tema, principalmente quando ocorrem casos graves, que provocam comoção social, e nesta oportunidade são disseminados discursos pleiteando modificação da legislação penal e processual penal, os quais, em regra, visam o aumento das penas cominadas, a fim de evitar a saída do condenado do sistema penal (GRECO, 2017).

Ocorre que o clamor social, melhor dizendo, midiático, pode compelir a criação do direito penal de emergência, assim como aconteceu com as leis de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) e de terrorismo (Lei nº 13.260/2016), trazendo uma inflação legislativa. Ferrajoli (2002, pp. 649-650), dissertando sobre o tema, alerta quanto ao perigo da utilização da legislação de urgência:

Esta concepção da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e

do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada.

No que diz respeito ao crime de tráfico de drogas, Semer (2017) assevera que neste:

Temos a reunião dos reflexos do pânico moral, que vitima penas com base na ideia de *flagelo do mundo, destruição das famílias, pilar da criminalidade* com a adesão incondicional à prova produzida pelos próprios agentes policiais, a quem se entrega uma venerada presunção da verdade, a despeito de todos os relatos conhecidos de abusos.

Paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve substancial alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sendo o resultado desta experiência visualizado na dilatação do *input* e no estreitamento do *output* do sistema, fato que provocou aumento vertiginoso nos índices de encarceramento (CARVALHO, 2010).

Segundo Zackseki, Machado e Azevedo (2016), o encarceramento no Brasil é consequência de um movimento que tem sido chamado de “grande encarceramento”²³; ele atingiu o Brasil de forma notável nos últimos anos, decorrente especialmente da “guerra às drogas”.

Esta explosão carcerária ocorrida nestas décadas representa a evidente aposta na pena de prisão, em detrimento às alternativas penais. O interesse social, legitimado e maximizado pelo clamor público, transformou a pena privativa de liberdade em remédio de emergência para todos os males da sociedade (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 154).

Para Yarochevsky (2015), a despeito de toda descoberta e crescimento da humanidade, a indústria do encarceramento, fomentada pela indústria do crime, continua funcionando imponentemente, em pleno Século XXI.

Nos países ocidentais, observa-se que os códigos estão aumentando o rol de delitos, a fim de trazer novos tipos penais, novas leis especiais, e nestas há uma forte agravamento das penas. Este fenômeno é conhecido como Direito Penal moderno, o qual segue orientações político-criminais de um direito penal máximo, sem se preocupar com

²³ Wacquant (apud SEMER, 2017) encampou a ideia de uma nova penologia neoliberal, na qual houve a superação da aparente contradição entre o Estado mínimo e o Estado polícia, ao passo que os gastos previdenciários foram substituídos pelos penitenciários e o sistema penal com muita força e violência supriu a ausência do rompido estado de bem-estar.

as garantias penais e processuais penais, fundado na suposta defesa da sociedade (GRECO, 2018).

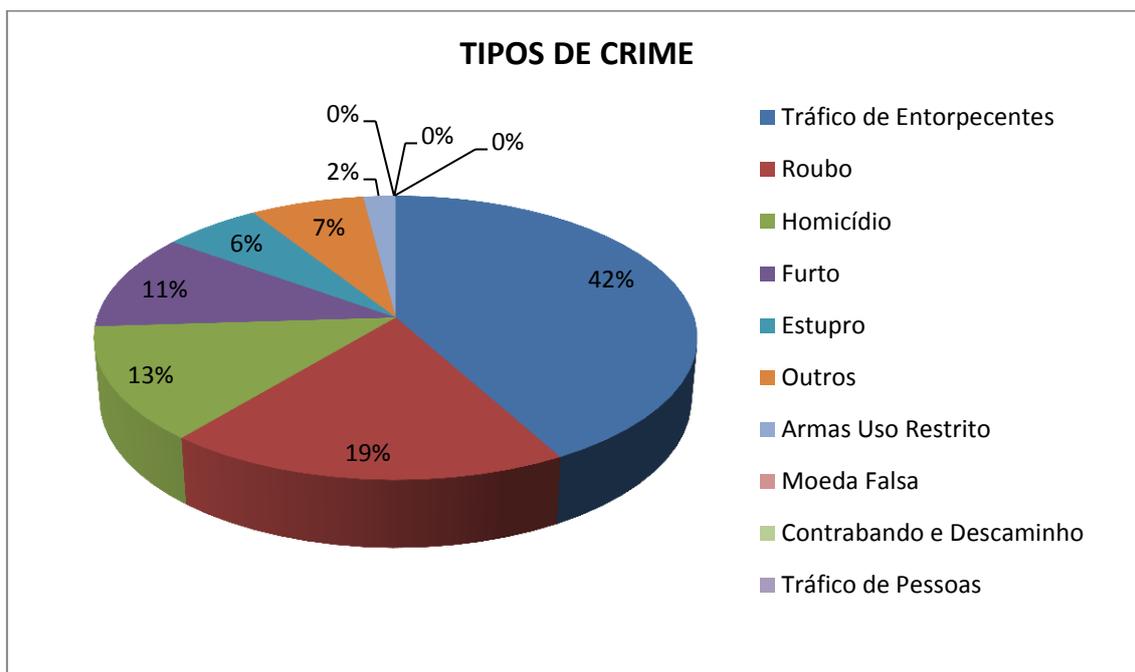
O Brasil experimentou abruptas mudanças no sistema prisional, entre os anos de 1992 a 2017, marcadas pelo crescimento extremo do número de presos e das taxas de encarceramento (SILVESTRE; MELO, 2017). Entretanto, o crescimento da população penitenciária brasileira nos últimos anos não significou redução nos índices de violência. Segundo o Diretor-Geral do Depen, mesmo com o aumento dos encarceramentos, a sensação de insegurança não diminuiu. Destacando que é preciso repensar a prisão como instrumento de política pública para combater a criminalidade (OLIVEIRA, 2016). Quanto à natureza dos crimes pelos quais estavam presos, averiguou-se que 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio (OLIVEIRA, 2016).

Segundo relatório da Pastoral Carcerária (2016), a superlotação é um componente estrutural de intenso sofrimento físico e mental para as pessoas que respondem presas preventivamente a processo e para condenados no sistema penitenciário brasileiro. Neste ambiente de superlotação, as condições de higiene e intimidade são praticamente inexistentes, oportunizando a proliferação de doenças físicas, bem como transtornos mentais como distúrbio do sono, depressão etc.

No que diz respeito ao Mato Grosso do Sul, o Balanço do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), do Conselho Nacional de Justiça, demonstra que o estado lidera a taxa de encarceramento no Brasil, com 834,6 presos para cada 100 mil habitantes. Ao todo são 22.644 presos condenados e em caráter provisório, nos regimes de reclusão, semiaberto e aberto, para 2.713.147 habitantes, segundo relatório do IBGE do ano de 2017 (CNJ, 2018).

O cenário é reflexo do tráfico de drogas, responsável por 42% das prisões, seguido de roubo, com 19%, homicídio, com 13%, furto, com 11%, estupro, com 6%, armas de uso restrito, com 2%, outros crimes ocupam 6%, enquanto os crimes de contrabando e descaminho, moeda falsa e tráfico de pessoas somam 0% cada, conforme relatório do mês de junho de 2018 (Gráfico 2) da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen). Destaca-se que a falta de fiscalização nas fronteiras com a Bolívia e o Paraguai, que permite o avanço do crime organizado e a instalação das facções, contribui diretamente para aumento da massa carcerária (NUCCI, 2018).

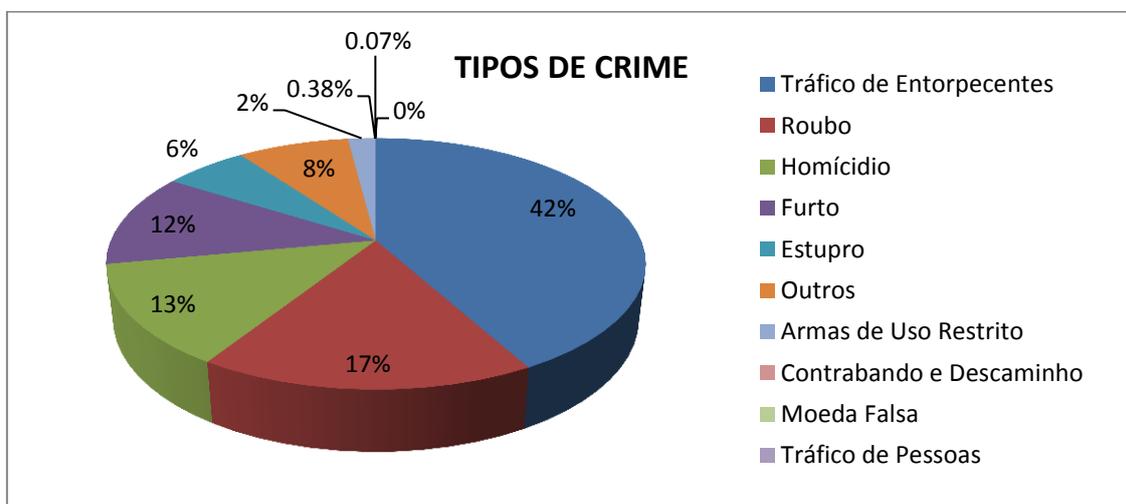
Gráfico 2. Tipos de crime de natureza nacional e transnacional em Mato Grosso do Sul (Jun/2018)



Fonte: AGEPEN/MS, Junho/2018.

O relatório da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) revela que num total de 18.027 crimes cometidos no mês de janeiro de 2019 (Gráfico 3), o tráfico de entorpecentes se manteve responsável por 42% das prisões (7.482), seguido de roubo, que diminuiu para 17% (2.940), homicídio se reteve em 13% (2.351), e furto que aumentou para 12% (2.173).

Gráfico 3. Tipos de crime de natureza nacional e transnacional em Mato Grosso do Sul (Jan/2019)



Fonte: AGEPEN/MS, Janeiro/2019.

Em 2012, Mato Grosso do Sul teve o maior número de presos na região Centro Oeste, e ocupou a 2ª posição no encarceramento de não jovens, a 5ª posição no encarceramento de jovens e também a 2ª posição no encarceramento de negros em taxas por habitante (BRASIL, 2015). Em relação aos presos sem condenação, os estados de Mato Grosso do Sul, Roraima e Acre apresentam as piores situações de superlotação, sendo que o Mato Grosso do Sul alcançou o percentual de 63% de presos sem condenação com mais de 90 dias de aprisionamento (INFOPEN, 2016).

No ano de 2017, a justiça do Mato Grosso do Sul concedeu o prazo de três anos para que o estado resolva o problema de superlotação carcerária. A determinação judicial deve-se à ação impetrada pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul, no ano de 2016. Segundo o juiz da 2ª Vara de Direitos, Coletivos e Individuais Homogêneos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, “a superlotação carcerária viola um dos princípios mais básicos da Federação, que é a proteção 'da natureza humana' tanto dentro como fora dos presídios”, bem como “é vista como um dos causadores da reincidência no crime das pessoas que cumpriram penas” (RIBEIRO, 2017).

No Mato Grosso do Sul, o Ministério Público Estadual instaurou no dia 19 de junho de 2018, um inquérito para apurar possível superlotação no Estabelecimento Penal de Paranaíba, que tem capacidade para 116 presos, contudo, abriga mais de 300 detentos. Este não é um fato isolado no estado, dado que no Instituto Penal de Campo Grande, a capacidade do local foi superada em mais de cinco vezes, pois, o presídio poderia abrigar 268 detentos, mas aloja mais de 1.300. Já no estabelecimento Penal Semiaberto de Amambai, onde há capacidade para 67 detentos, encontram-se presos cerca de 340 homens (PADILHA, 2018).

Tratando da criminalidade feminina, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) relatam que em Junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 14).

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, multiplicou-se por oito o total de mulheres presas no Brasil em 16 anos. O número de presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça. Com o aumento, a representação das mulheres na massa prisional passou de 3,2% para 6,8% no período (MONTEIRO, 2017).

Em verdade, o Brasil possui a quinta maior população de detentas do mundo – a terceira se considerados ambos os sexos. Das 1.422 prisões brasileiras, 107 (7,5%) são exclusivamente femininas e outras 244 (17%) mistas, conforme o Depen. Entre as 44,7 mil detidas, 43% são provisórias, à espera de julgamento definitivo. Estes dados se encontram anexados no pedido de *habeas corpus* coletivo em favor de todas as presas grávidas, puérperas (que deram à luz há até 45 dias) ou com filhos de até 12 anos de idade sob sua responsabilidade em prisão cautelar, bem como das próprias crianças. A ação, do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (Cadhu), tramita no STF (MONTEIRO, 2017).

Frisa-se que com a publicação da Lei nº 13.257/2016, que dá nova redação ao artigo 318 do Código de Processo Penal, para as mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos de idade incompletos o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar.²⁴

O estado do Mato Grosso do Sul apresenta a 9ª maior população prisional feminina do país, em termos absolutos, e figura como o estado que mais encarcera mulheres em todo o país, em termos proporcionais, com 113 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres (INFOPEN MULHERES, 2018, p. 18).

Para Oliveira (2018) nos últimos cinco anos, houve um aumento de 37% do número total de presos no Estado, mas, em contrapartida, teve uma redução de mais de 4% de mulheres em situação de prisão, já que em 2013 havia 1.099 detentas. O tráfico de drogas continua sendo a principal causa, correspondendo a quase oito de cada 10 ocorrências de prisão.

As audiências de custódia têm contribuído para que mulheres presas em flagrante fiquem menos tempo detidas, em conformidade com o que estabelece o devido processo legal. Além disso, a concessão de prisões domiciliares com uso de tornozeleiras faz parte de ações de ressocialização praticadas pela Agepen (OLIVEIRA, 2018).

Neste sentido é o entendimento de Silvestre e Melo (2017), ao aduzirem que:

Mudanças legislativas de caráter descarcerizante como a Lei 12.403/11 – que possibilita ao juiz a decretação de diversas medidas cautelares diferentes da prisão – e a iniciativa do Poder Judiciário de implementar as Audiências de Custódia em todo o país são alguns exemplos, ainda muito recentes, de articulação entre os três poderes e que podem fazer a diferença no curso do encarceramento excessivo.

²⁴ Esta previsão se aplica também ao homem “caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos” (art. 318, VI, do CPP).

Para Carvalho (2010), as medidas descarcerizadoras devem ser visualizadas como mecanismos de desinstitucionalização, pois sua aplicação é mais vantajosa que qualquer espécie de encarceramento. Assevera ainda, que a visão garantista e a limitação do punitivismo se torna indispensável, a ser trabalhada em conjunto dos instrumentos positivos que criam direitos, e das barreiras negativas de circunscrição dos espaços do poder punitivo.

As ciências penais devem ser desafiadas a atuar como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal, pois o processo penal encontra sua razão de existir ao limitar o poder punitivo. Neste sentido, Martins (2013, p. 100), assevera que “o processo só será um verdadeiro operador de mudança enquanto conseguir assumir uma faceta tão impopular quanto imprescindível: ser um defraudador de expectativas”.

Em face de o Brasil apostar na aceleração do encarceramento para combater a criminalidade, tornou-se um dos países que mais prende no mundo, registrando, inclusive, elevação da taxa de encarceramento nos últimos anos, a audiência de custódia surge como um ponto de equilíbrio entre os direitos à liberdade e à segurança, diante do maior desafio que é pensar o processo penal a partir dos direitos humanos.

Dessa maneira, o aparecimento da audiência de custódia justifica-se na finalidade de contenção do poder punitivo, potencializando-se, portanto, como meio de proteção dos direitos humanos. Por óbvio que a audiência de custódia, por si só, não resolverá o problema do encarceramento em massa no país, todavia, desponta como uma expressão de otimismo e confiança na sensibilidade do Poder Judiciário, que habituado a lidar com papéis, terá a incumbência de lidar com pessoas (PAIVA, 2018).

3.3.1 Análise da Ação Cível Ordinária que o estado de Mato Grosso do Sul ajuizou contra a União Federal perante o Supremo Tribunal Federal

Segundo o Fórum Social Mundial (2018), a maior causa de encarceramento no Brasil hoje é a lógica de combate às drogas, focada no policiamento dos territórios favelados, que acaba levando a um maior encarceramento de pessoas pobres e negras, com cruel rebatimento sobre a população feminina que convive com os efeitos negativos dentro e fora da prisão.

As condições socioeconômicas na América Latina são as principais razões para que uma mulher “escolha” uma atividade passível de punição, pois:

O peso do cuidado das crianças ao mesmo tempo em que exercem duplas ou triplas jornadas de trabalho, muitas vezes as empurram para atividades ilegais (como a venda de drogas), como uma maneira de combinar suas múltiplas obrigações (GIACOMELLO, 2013, p. 2).

Nítido está o maior grau de vulnerabilidade de mulheres pobres, que muitas vezes são chefes de família, sendo suscetíveis a expectativas equivocadas do futuro, e assim, priorizam as possibilidades de ganhos fáceis, oriundas de atividades criminosas e lucrativas, cometidas em curto prazo. Esta vulnerabilidade favorece sua seleção no sistema penal, baseada na criminalização da pobreza potencializada pela situação de gênero. Para Chernicharo (2014, pp. 77-78):

A este fator, soma-se a visibilidade da infração, a adequação destas mulheres ao estereótipo de “criminosas”, construído pela ideologia prevalente e a incapacidade de beneficiarem-se da corrupção (com pagamentos à polícia) e, desta forma, se inserem no perfil de candidatos pré-selecionados para responderem pelo delito de tráfico de drogas.

Urge frisar que a partir da criminalização das drogas, um grupo social, ou étnico, passou ser catalogado como criminoso, justificando a atuação do Estado contra essa parcela da população, maior alvo de controle estatal (MACHADO, 2010).

Para Machado (2010), o combate às drogas, relaciona-se com os interesses econômicos, conjuntamente com a necessidade de se criar estereótipos morais e de se associar o uso de drogas a “grupos perigosos”, justificando, assim, a manutenção da militarização do modelo repressivo contra as drogas.

Não bastasse isso, percebe-se que na fronteira Brasil-Paraguai há alta incidência de cometimento de tráfico de armas, crimes patrimoniais: roubo, furto, e crimes contra a Administração Pública: contrabando e descaminho, em virtude da facilidade de transposição de fronteiras nesta região. Crimes estes que, em sua maioria, são encabeçados pelo Primeiro Comando da Capital – PCC, em virtude da alta rentabilidade, e nos quais demonstram o seu potencial corruptor e planejamento organizacional. Salienta-se, entretanto, que raramente os chefes de organizações criminosas como o PCC são punidos pelo Estado, dado que utilizam “soldados” na execução de seus intentos ilícitos.

O combate às drogas e aos crimes patrimoniais parece ser o foco do controle social do Estado, demonstrado através do encarceramento em massa, de custodiados enquadrados nestes tipos penais. O que se busca no processo penal é justamente o equilíbrio na cominação das penas, em especial daqueles que cometeram crimes

patrimoniais sem violência, e aos “pequenos” traficantes – soldados vulneráveis a execução dos crimes relacionados na Lei de Droga.

Ante este quadro de encarceramento no país, a pesquisa analisará o Caderno de Propostas Legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa (2017), que prevê, dentre outras, alterações que equilibram as penas cominadas aos crimes que estão mais representados no cárcere brasileiro (na sua grande maioria crimes patrimoniais cometidos sem violência), estabelecem critérios objetivos para a decretação da prisão cautelar e resgatam a natureza de medida extrema do direito penal, privilegiando outras formas de resolução de conflitos.

Destaca-se a proposta nº 3 do Caderno de Propostas Legislativas (2017), que propõe alterações legislativas para o crime de furto e roubo, a começar pelo artigo 155, § 2º, que aduz se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz aplicará somente a pena de multa. Se houver reparação de dano ou devolução da coisa subtraída pelo agente, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta. No § 7º a proposta prevê que em todas as hipóteses previstas no artigo, somente se procede mediante representação. Quanto ao crime de roubo, previsto no artigo 157, a proposta prevê uma alteração substancial no § 5º, aduzindo que para fins deste artigo, a arma é instrumento que tenha efetividade para lesionar efetivamente a integridade física da vítima. A elaboração da proposta nº 3 se justifica pelo fato do crime de furto ser um dos responsáveis pela superlotação do sistema carcerário, e enfrenta a desproporcionalidade da imposição da pena privativa de liberdade àquele que ofendeu única e exclusivamente o patrimônio, reduzindo a pena, bem como utilizando de mecanismos de composição do conflito. Ademais, no que concerne ao crime de roubo, delito que ocupa a segunda posição entre os delitos que mais encarceram no Brasil, visa estabelecer a hipótese de roubo privilegiado e determina critérios para averiguar a idoneidade da arma como instrumento de potencial delitivo.

Aborda-se ainda a proposta nº 4 do Caderno de Propostas Legislativas (2017), que diferencia condutas ligadas a tráfico de drogas. Algumas modificações legislativas serão aqui ressaltadas, tais como a do artigo 33, *caput*, prevê a necessidade de se demonstrar a finalidade comercial da conduta para que se configure o crime de tráfico de drogas. Já a proposta de nova redação para o artigo 35 tem como objetivo solucionar uma antiga controvérsia na definição da associação para o tráfico, limitando essa cláusula repressiva aos casos em que o agente se associa para a prática reiterada de crimes relacionados a drogas. A alteração do artigo 44 pretende fazer o devido

direcionamento das medidas de antecipação da liberdade aos casos definidos na Constituição, declarando expressamente a possibilidade de indulto coletivo, adaptando a redação do artigo à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 104.339/SP, de 2012.

Para o Caderno de Propostas Legislativas (2017), as modificações legislativas previstas na Lei de Drogas tem sua razão de existir no fato desta ter contribuído sobremaneira para o agravamento da situação carcerária do Brasil. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, a população carcerária brasileira aumentou 96%. Nesse período, a proporção de presos por crimes relacionados a droga aumentou 15% para 28%. No caso das mulheres, a gravidade é ainda maior: 61% das presas estão nos cárceres brasileiros em virtude de crimes relacionados a drogas. Tamanha repressão não está relacionada a grandes traficantes e operadores do sistema financeiro. Na realidade, pesquisas demonstram que o preso por tráfico de drogas no Brasil é em sua grande maioria jovem, com ensino fundamental incompleto, flagrado desarmado e com pouca quantidade de droga.

Esta realidade nacional refletiu severamente no estado de Mato Grosso do Sul, pois este se encontra em posição geopolítica sensível por sua extensa fronteira (1.567 km) em sua porção a oeste, a qual constitui uma faixa de fronteira com o Paraguai e a Bolívia. E esta zona fronteiriça é conhecida por dificuldades com o tráfico internacional de armas e drogas ilícitas.

Em razão desse fato, o estado de Mato Grosso do Sul, vem atuando no controle e fiscalização dessas fronteiras. E assim, corriqueiramente, são realizadas várias apreensões de armas, munições e substâncias entorpecentes, advindas do Paraguai e da Bolívia.

Quanto ao crime de tráfico de drogas, destaca-se que de janeiro a dezembro do ano de 2016, foram apreendidos no Mato Grosso do Sul 296,8 toneladas de entorpecentes (dentre as quais 4.366,45 kg de cocaína e derivados; e 292,42 toneladas de maconha e derivados).

Assevera-se que existe um alto custo na atuação do Mato Grosso do Sul nas atividades de controle de fronteira, exercidas pelas polícias estaduais, peritos estaduais criminais em apoio à Justiça Federal e Polícia Federal, na escolta de presos para comparecimento em audiências, as quais geram a necessidade de realizar novos concursos públicos, a fim de contratar novos servidores na área policial e polícia científica, ampliação de laboratórios periciais, etc. Evidentemente que esta atuação

frente aos agentes presos por tráfico transnacional de armas, de munição e drogas que seriam distribuídas em território nacional, ocasiona um aumento da massa carcerária que é submetida à responsabilidade e financiamento do estado.

Conforme a Secretaria de Estado de Justiça e Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – AGEPEN, o número de vagas no sistema penitenciário estadual é de 7.327 vagas, enquanto a massa de segregados é de 16.224. Esse excedente 8.897 é composto por 7.246 presos advindos do tráfico de entorpecentes e armas, os quais se tratam de presos provisórios ou definitivos, originários de decisões da Justiça Comum Federal.

Como se trata de presos provisórios ou condenados pela Justiça Comum Federal, bem como os ligados a delitos transnacionais, ainda que tenham sido julgados pela Justiça Comum Estadual, a União deverá empreender seus esforços, com a finalidade de financiar a manutenção destes presos, uma vez que o estado de Mato Grosso do Sul não poderá suportar sozinho esta demanda.

Diante da omissão da União, o estado de Mato Grosso do Sul, no dia 15 de março de 2017, ingressou com Ação Cível Originária (Ação Civil Pública) nº 2992, perante o Supremo Tribunal Federal, contra a União, em razão de o estado atuar como escudo para as demais unidades da Federação, despendendo seus recursos financeiros e esforços de seu quadro de pessoal próprio para o combate ao tráfico de drogas, armas e munições. E nesta ação pleiteou que a União arque mensalmente com a quantia de R\$ 10.616.571,43²⁵, a fim de compensar as despesas que suporta na manutenção dos presos, oriunda de decisão da Justiça Comum Federal ou pelo cometimento de crime transnacional, ainda que julgados pela Justiça Comum Estadual.

Não se trata de simples questão econômica e financeira, mas de questão constitucional de alta relevância para o equilíbrio da relação federativa entre o estado de Mato Grosso do Sul e a União, dado que a Lei nº 5.010/66, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, dispõe em seu artigo 85 que enquanto a União não possuir estabelecimentos penais, a custódia de presos à disposição da Justiça Federal e o cumprimento de penas por ela impostas será feita nos estados e no Distrito Federal. Evidencia-se que a guerra às drogas tem uma correlação com a superlotação dos presídios. Neste contexto, frisa-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito

²⁵ Resultado obtido pelo custo médio do preso no sistema penitenciário do estado no ano de 2016 (R\$ 1.633,57), multiplicado pela média mensal de presos federais e daqueles advindos do cometimento de crimes transnacionais (6.499).

de presos em situação degradante à indenização do Estado. O caso julgado (no RE 580.282) ocorreu no presídio de Corumbá (MS). Por evidência, esta decisão do STF trará efeitos orçamentários ao estado (CONJUR, 2017).

3.3.2 Dados da audiência de custódia no Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Conforme o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016, p. 13), as audiências de custódia são uma providência concreta para fazer frente à ideia de que com a prisão tudo se resolve. Constata-se que a cultura de encarceramento se instalou entre nós e esta arraigada na forma como agem os atores da justiça criminal. E esta cultura contamina o pensamento de todos os setores da sociedade, que tem dificuldade de perceber que a prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade.

Publicado em janeiro de 2016, o relatório da organização não governamental *Human Rights Watch* revelou que as audiências de custódia representam uma tentativa do Brasil de combater a violação dos direitos humanos, a submissão dos detentos a uma prisão superlotada, a tortura e os maus-tratos no ato da apreensão (CNJ, 2016, p. 201).

Dados do CNJ sobre audiências de custódia, atualizados até o mês de abril de 2017, constataram que das 229.634 realizadas, 103.669 (45,15%) resultaram em liberdade, 125.965 (54,85%) destas resultaram em prisão preventiva, nas 11.051 (4,81%) houve alegação de violência na prisão, por fim, em 24.721 (10,77%) das audiências houve encaminhamento social/assistencial. Na pesquisa ainda se apurou o perfil dos presos apresentados nas audiências de custódias, sendo: 90% do sexo masculino, 65% pretos ou pardos, 51% com antecedentes (CNJ, 2017a).

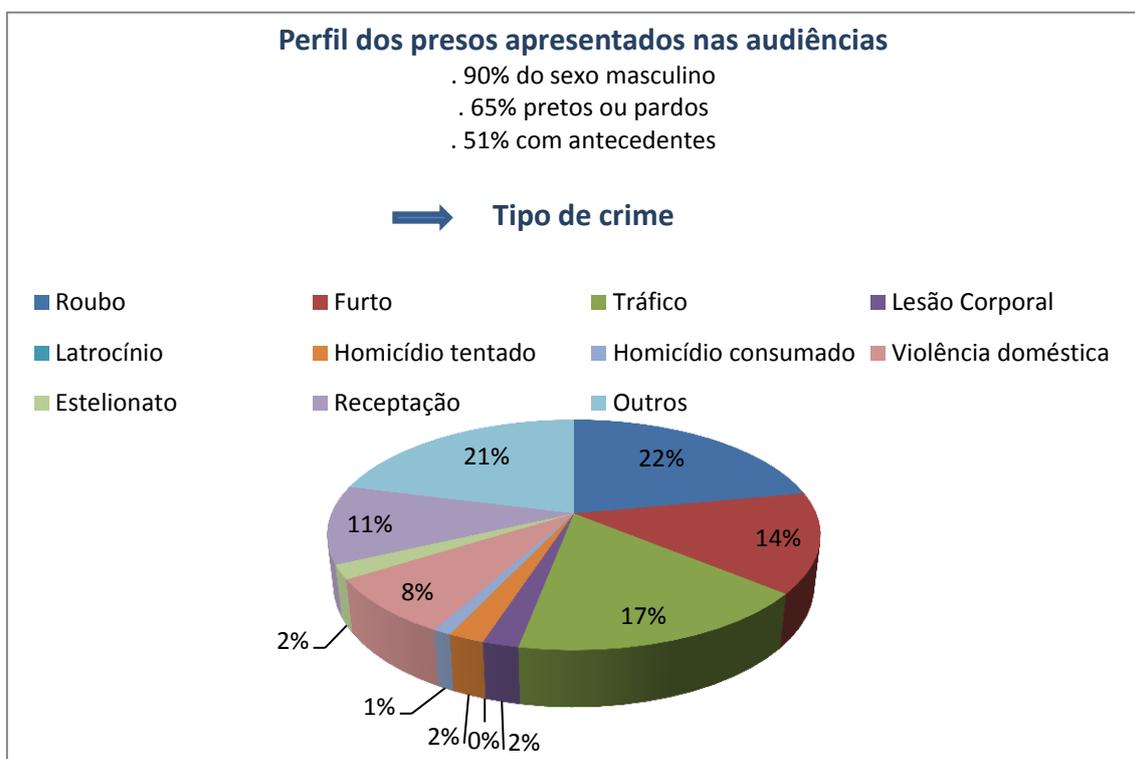
Nas audiências de custódia, constatou-se que o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, sendo que a filtragem racial que ocorre nas abordagens policiais dificilmente é revertida ou anulada. Nestas também se averiguou que outro fator predominante para a decretação da prisão preventiva diz respeito aos antecedentes criminais do acusado, que mesmo sem o trânsito em julgado, interfere na decisão de se manter ou não a prisão durante o processo (CNJ, 2017a).

A esse respeito, o CNJ (2017a) relata que 65,4% dos custodiados que tinham antecedentes criminais tiveram a prisão em flagrante convertida em preventiva, enquanto o mesmo aconteceu com 37,3% dos custodiados que não tinha antecedentes. Entre os que não tinham antecedentes, foi maior a frequência de liberdade provisória

com medidas cautelares (52,8%); decisão semelhante beneficiou 26% entre os que já tinham antecedentes criminais.

Segundo o CNJ (2017a) o roubo é o delito que causa o maior número de detenções (22,1%). Tráfico vem como segundo delito que mais leva as prisões em flagrante (16,9%), seguido de furto (14%) e receptação (11%). Os crimes patrimoniais somados (roubo, furto e receptação) respondem por 47,2% dos casos identificados nas audiências de custódia apontados pela pesquisa (Gráfico 4). O roubo teve 86,8% de conversões em preventiva. O resultado deixa evidente a necessidade de realização das audiências de custódia para a análise da adequação da prisão provisória. Em relação aos flagrantes por tráfico de drogas, a pesquisa revelou que 57,2% dessas pessoas são mantidas presas enquanto aguardam o julgamento.

Gráfico 4. Revela o perfil dos presos apresentados nas audiências de custódias



Fonte: CNJ, 2017

Preocupante é que 43,6% dos delitos que motivaram as prisões em flagrante não são tipos penais relativos ao uso da violência, enquanto 34,8% são (CNJ, 2017a), evidenciando que a liberdade se tornou exceção na prática policial e que a regra tem sido a prisão para os crimes patrimoniais (com ou sem violência) e de drogas (que somados correspondem a 64,1% dos delitos identificados nas audiências).

Os dados do Conselho Nacional de Justiça mostram que dos crimes violentos que passaram pela audiência de custódia 65,1% tiveram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e 40% dos crimes cometidos sem violência receberam o mesmo tratamento. E baseado nestes dados, questiona a finalidade da audiência de custódia na gestão da violência do crime, pois se é alta a manutenção da prisão em crimes violentos como o roubo, também é alta sua manutenção em crimes não violentos, especialmente para o tráfico, há uma abusiva utilização da prisão provisória para delitos sem violência contra a pessoa (CNJ, 2017a).

Quanto à prisão preventiva, dados gerais sobre o sistema penitenciário, prisão provisória e audiência de custódia do CNJ (2017a), revelam que mesmo com a entrada em vigor da Lei nº 11.403/2011, que deu ao Judiciário uma série de novas possibilidades para a garantia do andamento do processo, sem a necessidade de prisão do acusado, dentre as quais o monitoramento eletrônico, o crescimento do número de presos provisórios se manteve constante na última década. Em junho de 2014, 61,2% do total de presos no Brasil eram condenados, enquanto os presos em situação provisória representavam 38,3% do total (CNJ, 2017a). Segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0, 2018), no ano de 2018, o número de presos provisórios contabilizava 241.090, o que equivale a 40,03% da população carcerária brasileira. Destaca-se que o percentual de presos provisórios por Unidade da Federação oscila entre 15% a 82% (CNJ, 2017a).

Dados do CNJ (2017a) mostram ainda o percentual de medidas cautelares diversas da prisão aplicadas nas audiências de custódia: comparecimento periódico (33%); proibição de se ausentar da comarca (21%); fiança (16%); recolhimento noturno (10%); proibição de contato com pessoas (7%); proibição de frequentar lugares (5%); encaminhamento para assistência 4%; monitoração eletrônica (4%).

A audiência de custódia também tem como objetivo o enfrentamento à violência e aos maus-tratos cometidos no momento das prisões em flagrante. Por conseguinte, necessário se faz que os juízes acolham as denúncias dessa forma de violência, determinando a o encaminhamento para apuração e punição dos agentes estatais envolvidos. Para o CNJ (2017a), é fundamental que o juiz faça perguntas e demonstre interesse sobre a ocorrência de violência no momento da prisão, dado que a presença de policiais nas salas de audiência torna o ambiente antagônico para esse tipo de denúncia.

Registra-se que com um ano de funcionamento o Programa Audiência de Custódia registrou 2,7 mil denúncias de tortura e maus-tratos a pessoas em todo país

(CNJ, 2017a). Conforme os relatos feitos por presos apresentados na audiência de custódia, os casos que envolvem violência policial ocorrem geralmente entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz.

Nesta ótica, destaca-se que a pesquisa do CNJ (2017a) averiguou que dos casos de violência relatados aos juízes 71,4% atribuem a policiais militares o cometimento de violências; enquanto 11,2% mencionam a polícia civil como agente perpetradora de violência, quase o mesmo número de pessoas relatam violências sofridas por populares durante a prisão.

Outros fatos relevantes acontecem durante as audiências de custódias: o uso excessivo e não justificado de algemas e a presença de policiais em número considerável, mesmo em situações de baixa periculosidade. Entre pessoas que tinham residência fixa, 52,9% tiveram a prisão em flagrante convertida para preventiva, ao passo que o mesmo ocorreu com 43,2% das pessoas que não tinham residência fixa. Evidenciando que as pessoas em situação de rua são mais vulneráveis a serem detidas em flagrante, mas, as audiências de custódia não reproduzem a discriminação dessa população (CNJ, 2017a). Assim, a ausência de residência fixa não tem sido impedimento generalizado para obtenção de liberdade provisória.

No que tange às explicações e informações que os juízes devem fornecer às pessoas custodiadas, a fim de assegurar os direitos e o devido processo legal, constatou-se que em número significativo de casos, não foi informada a finalidade da audiência de custódia para o custodiado, bem como o direito ao silêncio (CNJ, 2017a).

Finalmente, pondera-se que o processo penal brasileiro evoluiu positivamente através do surgimento da audiência de custódia, dado que consolidou o instituto juiz de garantias, pautado no princípio acusatório previsto no artigo 4º do Código de Processo Penal. Contudo, embora o projeto do novo CPP seja embasado no sistema acusatório, não previu em nenhum dos seus artigos a audiência de custódia. Ressalta-se que a área de atuação do juiz de garantias recai no âmbito da audiência de custódia, e em virtude disso é desinteligente mantê-la fora do projeto do processo penal que busca trazer mudanças significativas na lei e no sistema processual penal.

Alerta-se que uma das principais características do sistema acusatório seria a implantação de uma justiça criminal estruturada por audiências, com eixo na oralidade, por se tratar de método imprescindível para a construção de atos decisórios capazes de romper a mentalidade inquisitória dos operadores do Direito.

A Resolução nº 213/2015 do CNJ, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, representou um grande avanço para a consolidação do sistema acusatório no processo penal brasileiro. Todavia, encontrou resistência em quase todos os segmentos da justiça, em virtude da contaminação da cultura inquisitória existente nos operadores do Direito.

A partir desse significativo passo frente à humanização do processo penal, vê-se que o sistema cartorial é abandonado, em que o juiz decidia sobre a liberdade da pessoa unicamente a partir do papel, e entra em cena a oralidade (PAIVA, 2018). Diante de todo o exposto, afirma-se o *Projeto Audiência de Custódia* não só ajusta o processo penal aos parâmetros internacionais, fundados nos Direitos Humanos, como desafoga o sistema carcerário brasileiro coibindo prisões desnecessárias, ao tempo que ajusta os papéis dos protagonistas processuais, a começar pelo juiz que deve se encontrar alheio à iniciativa probatória, bem como do Ministério Público que deve retomar o papel de protagonista do controle das investigações preliminares. Afinal o papel do juiz na fase preliminar deve ser limitado, o qual deve atuar como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo, que é o que propõe a audiência de custódia, pautada na figura do juiz de garantias.

3.3.3 Funil de seletividade em Mato Grosso do Sul

A sociedade é organizada para proteger um grupo dominante e é frequentemente menos sensível às necessidades de pessoas socialmente inferiores ou grupos desfavorecidos. O direito, por sua vez, contribui para assegurar, reproduzir e legitimar as relações de desigualdade que caracterizam as sociedades modernas, especialmente na escala social vertical, ao reafirmar a distribuição desigual de recursos e poder, decorrência perceptível do modo de produção capitalista (BARATTA, 2013).

Soma-se a isto o fato de a mídia, a partir do final do século passado e início do atual, ter sido a propagadora e divulgadora do movimento Lei e Ordem (GRECO, 2017). Este movimento deu início ao crescimento do controle social, consolidando o poder de punir do Estado através da ordem jurídica, a fim de fortalecer as formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado (KARAM, 2004).

Nesta ótica, percebe-se que o sistema penal tem uma clientela específica, que são aqueles que não condizem com os padrões de normalidade impostos pela sociedade. Assim, os marginalizados por diversos motivos sempre tiveram preferência pela

persecução penal, e dentro dessa classe, para os piores, a pena de prisão (SILVA; HANSEN, 2010). Esclarece-se que a figura do marginalizado, é aquela do não-consumidor, do incapaz de participar da relação de consumo.

Lopes Júnior (2016), baseando-se na obra *A Modernidade Líquida* de Bauman, afirma que os deixados de fora são os consumidores falhos, que são incapazes de ser livres, visto que o senso de liberdade é definido com base no poder de escolha do consumidor. O Estado, portanto, segrega apenas os marginais, com o fim de neutralizá-los, já que estes não compõem a cadeia relacional de consumo. Assim, vê-se que a globalização faz desaparecer a figura do cidadão, sendo somente merecedor de direito àquele que se adequar a lógica de consumo (SILVA; HANSEN, 2010).

Segundo Preussler (2015, p. 200), “apesar de o Estado brasileiro se autodenominar democrático, suas instituições, inclusive a Justiça Penal, demonstram cada vez mais sua subserviência ao poder econômico”, em síntese, o sistema capitalista mantém sua influência sobre as normas e sanções penais.

O direito penal se mostra seletivo, ao conduzir uma relação de desigualdade iniciada na normatização dos fatos típicos, deixando determinados comportamentos ilegais inunes ao processo de criminalização (MARTINS; SANTANA, 2015). Além disso, conforme Baratta (2013, p. 166), “a punição de certos comportamentos ilegais serve para cobrir um número mais amplo de comportamentos ilegais, que permanecem imunes ao processo de criminalização”.

Complementando esta ideia, Neder (1994, p. 12) afiança: “Considerando-se que a seletividade do sistema penal brasileiro atinge os pobres, os negros e os nordestinos (migrantes depauperados), em sua maioria jovens e do sexo masculino, pode-se caracterizar esta prática de extermínio humano como genocida”.

De acordo com Martins e Santana (2015, p. 270):

A teoria do etiquetamento demonstra que ainda há um processo de seleção à criminalidade, estigmatizando uma classe de pessoas menos favorecidas, o que remete não apenas à reflexão da desigual aplicação do Direito Penal, mas, sobretudo, ao reconhecimento de que muitos criminosos que causam prejuízo não a uma, porém a milhares de pessoas agem de forma acobertada pelos interesses econômico e político, permanecendo na cifra da impunidade, com desvencimento de todos os preceitos constitucionais voltados à concretude de um Estado realmente democrático e com a efetivação dos mais diversos direitos fundamentais.

Para a teoria do etiquetamento social, não importa qual crime o indivíduo cometeu, para a aplicação da reprimenda, mas, sim, a sua classe social, o seu grau de escolaridade, etc. Nesse sentido, Barroso (2009, p. 92) evidencia que:

No sistema capitalista de hoje, é fácil perceber quem vai realmente preso, ou seja, aquele que sofre com o cárcere é o não-consumidor, o pobre, o negro, o desempregado, etc., enfim, todos aqueles esquecidos pela sociedade, pois é mais barato para o Estado prender do que fazer uma política de reintegração social. Estão rotulados pela comunidade, tanto que nunca foram presos e torturados tantos negros e pobres como hoje em dia.

Evidentemente há cometimento de crimes em todas as classes sociais. Ocorre que, em virtude do caráter seletivo da persecução penal, entram apenas para as estatísticas da cifra negra. Desta feita, o caráter seletivo de todo o sistema concentra seu olhar na classe social menos favorecida, criando a falsa realidade de que as pessoas pobres cometem mais crimes.

A primeira seleção pode ser denominada de primária qualitativa, que ocorre no ato de criação das normas, procurando legislar penas voltadas para determinadas classes (COSTA, 2012). Foucault (2001, p. 229), alertava que havia afirmações classistas na teoria penal do século XVIII, dentre as quais destacamos duas:

Que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social.

A seletividade quantitativa, por sua vez, pode ser verificada:

No ato de se rotular determinada classe da população como criminosa e passar a persegui-la com maior intensidade, a fim de que apenas esta apareça nas estatísticas, dado que, apesar de a classe não perseguida continuar a cometer crimes, estes não são contabilizados, criando a ilusão de que não delinquem, permanecendo na impunidade (COSTA, 2012, p. 46).

Segundo Costa (2012), a seletividade ainda se apresenta no sistema carcerário, que em virtude da seletividade primária qualitativa, quantitativa, secundária é composto por delinquentes pobres e, na maioria das vezes, de pouco estudo. Esta seletividade corrobora a ilusão de que somente a classe social mais baixa comete crimes, ao tempo que os delitos de colarinho branco ficam impunes e nas estatísticas da cifra negra.

No Brasil, falar sobre o sistema prisional é retratar o encarceramento em massa da juventude negra. Segundo o Infopen, 64% dos encarcerados são negros, e 55% têm de 18 a 29 anos (CAETANO, 2018). Entre as taxas de encarceramento de negros, o ranking é liderado pelo estado de São Paulo, que ocupava a mesma colocação em 2007, apresentando neste período crescimento de 16%. Já o segundo lugar é ocupado pelo

estado do Mato Grosso do Sul, que em 2007 ocupava a terceira posição e apresentou crescimento igual ao estado de São Paulo (16%) entre 2007 e 2012 (BRASIL, 2015).

Da mesma sorte, há seletividade quanto às mulheres submetidas à prisão, pois segundo a pesquisa do Ministério de Justiça (BRASIL, 2015a, p. 24) contemplou também a variável raça, cor ou etnia na pesquisa sobre o perfil das mulheres presas no Brasil. Constatou-se que, se de um lado, a população negra é de 51%, dois terços das presas no Brasil, exatamente 67%, são mulheres negras, o que sugere a maior vulnerabilidade do segmento da população à seletividade do sistema de justiça criminal (BRASIL, 2015a, p. 24).

Quanto ao crime de tráfico de drogas e a figura do narcotraficante, é possível dizer que a questão do uso de entorpecentes é democrática, mas não a punição, dado que a seleção penal pune aqueles de baixo poder econômico, com todo um estigma social como se fossem de fato os responsáveis pelas mazelas sociais (MARTINS; SANTANA, 2015).

O traficante tem, portanto, de acordo com a criminóloga Vera Malaguti Batista, um rosto já definido. O bandido se forma na figura do jovem negro, morador de favela, vestido com tênis e boné, portador de algum sinal de orgulho e poder (ZACCONE, 2008, p. 21), pune-se, portanto, por um julgamento antecipado a imagem que a pessoa passa a sociedade através de sua cor ou modo de vestir, e não de fato as condutas que pratica (TIAGO; SANTANA, 2012).

Segundo Machado (2010), quando se constata quais foram os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e de repressão bélica ao tráfico de drogas, infere-se que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão. Portanto, o modelo repressivo e seletivo encontra-se presente na nova Lei de Drogas, Lei nº 11.434/2006, pois esta pune com muito rigor o traficante, figura que foi estereotipada pelo Estado, com apoio da mídia, mas que não passa de um jovem, pobre, preso com pequena quantidade de droga.

Assim, vê-se que o processo penal avança sem atender os preceitos constitucionais. E quem mais sofre são os componentes do andar de baixo da sociedade (STRECK, 2014). A única figura social capaz de amenizar esta triste realidade é a do “juiz de garantias”, que tem como pressuposto a consciência de que a sua posição e compromisso com os valores democráticos, reveladores do pluralismo da nossa sociedade, está ao serviço do povo (LANFREDI, 2017, p. 42).

Na lição de Lopes Júnior (2016, p. 50):

Quanto maior for o narcisismo penal, maior deve ser nossa preocupação com o instrumento-processo. Se o direito penal falha em virtude da panpenalização, cumpre ao processo penal o papel de filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser o freio ao desmedido uso do poder. É a última instância de garantia frente à violação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do direito penal.

A contenção do poder punitivo do Estado é uma tarefa indispensável, que deve ser buscada sem concessões (KARAM, 2004), a vista que, ao não agir para frear essa onda de punição, a própria justiça torna-se responsável por acentuar o medo da sociedade, desqualificando qualquer solução que não seja criminosa para se apresentar como único remédio, conclamando “mais prisão, mais punição” (LANDREDI, 2017).

Lamentavelmente, a prisão cautelar é parte da tradição do processo penal brasileiro, tanto que, mesmo com a criação de medidas cautelares diversas da prisão, a mentalidade dos juízes criminais brasileiros manteve-se inerte, principalmente quando consideramos os crimes do Direito Penal Clássico, como por exemplo, os crimes contra a vida, patrimônio e o tráfico de drogas (MASI, 2015).

Quanto à prisão preventiva, Badaró (2008) alerta que existe uma incoerente desproporcionalidade quando o juiz a decreta nos casos em que, segundo a pena a ser aplicada, o acusado não será punido com pena privativa de liberdade. Diante disso, constata-se que a prisão preventiva por ter natureza conservativa, tem por escopo assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro.

O Código de Processo Penal, em vários de seus dispositivos acolhe a aplicação do princípio da proporcionalidade à prisão preventiva, o artigo 313, por exemplo, estabelece requisitos da prisão preventiva relacionados com a pena do delito. O artigo 321 preocupou-se com a proporcionalidade da pena e a prisão cautelar, enquanto o artigo 323, I, previu a possibilidade de fiança para os crimes punidos com pena mínima de até dois anos. Por fim, e com fundada razão, a Lei 9.099/95, em seu artigo 69, parágrafo único, estipulou a não prisão em flagrante delito, no caso de infração penal de menor potencial ofensivo, ao autor do fato que for encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer.

A mudança do quadro jurídico após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 veio afastar o protagonismo da prisão preventiva no sistema das cautelares pessoais do processo penal (SCHIETTI CRUZ, 2018). Alerta-se, entretanto, que não adianta mudar

a lei, senão mudar a mentalidade punitista enraizada no sistema penal, pois este reitera práticas autoritárias que remontam à época do regime militar.

Masi (2015) assevera que, toda espécie de prisão provisória, por se tratar de medida cautelar, deve obedecer aos princípios da necessidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, que é valor fundamental no Estado Democrático de Direito. A audiência de custódia, denominada ainda audiência de garantia, vem de encontro a esses princípios norteadores, devendo ser incentivada no contexto cultural brasileiro, que apregoa o encarceramento processual, sem perseguir o espírito dos institutos desencarceradores.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (2016), grande parte do trabalho atual das audiências de custódia, em razão do sistema de justiça criminal como um todo, está voltada para a análise de casos de roubo, furto, receptação, lei de drogas, lei de trânsito e lei do desarmamento, ou seja, para a “defesa de bens materiais ou imateriais”. Conforme o Levantamento Penitenciário de Informações Penitenciárias, entre as ações penais:

Quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3% (INFOPEN, 2014, p. 69).

Diante de um número relativamente alto de prisões provisórias e medidas cautelares aplicadas, há que se cuidar para que as audiências de custódia sejam operadas de forma a destinar-se estritamente ao que se propõem - garantir os direitos das pessoas presas em flagrante e verificar a imprescindibilidade da manutenção da prisão - e não como substitutivo de uma política pública refém de uma pressão midiática e do clamor social por “mais segurança” (DEPEN, 2016, p. 35).

Neste sentido, a pesquisa retoma o tipo penal que mais encarcera no Brasil e no estado de Mato Grosso do Sul: o tráfico de drogas. A Lei de Drogas prevê o local e as condições sociais que determinam a diferença entre usuários e traficantes, e ao assim agir, o Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil, razão pela qual se constata que esta norma é seletiva (seletividade primária). A seletividade secundária neste tipo penal pode ser averiguada, no seguinte exemplo:

Se uma pessoa da classe média (circunstâncias sociais), num bairro também de classe média (local), for encontrada com determinada quantidade de

droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto, não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente (MACHADO, 2010).

Fundado neste exemplo, colaciona-se um caso concreto, ocorrido no estado de Mato Grosso do Sul, no dia 8 de abril de 2017, na BR-262 em Água Clara, a 198 km de Campo Grande-MS. Um empresário branco, dono de metalúrgicas e serralherias no Mato Grosso do Sul, no Paraná e Santa Catarina, é preso, acusado de tráfico de drogas e armas. Trata-se de Breno Fernando Solon Borges, de 37 anos, filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul (TRE-MS), a desembargadora Tânia Garcia Freitas Borges. Ele foi detido flagrante por portar 129 quilos de maconha, 270 munições de grosso calibre e uma pistola 9mm (MARTINS, 2017). Ocorre que, o empresário obteve liberdade apenas três meses depois de ter sido preso, pois recebeu o direito de aguardar em liberdade até o julgamento, fundado num laudo psiquiátrico que atesta que o acusado sofre de Síndrome de Borderline.

Martins (2017) compara o caso do Breno Borges com outro ocorrido no Rio de Janeiro, no dia 20 de junho de 2013, no qual Rafael Braga, um jovem de 25 anos, carregava na bolsa duas garrafas de produtos de limpeza lacradas, achadas pelo centro, sendo uma de água sanitária e outra de desinfetante, quando cruzou com dois policiais civis em frente à Delegacia da Criança e Adolescente Vítima (DCAV), foi revistado e preso, por estar portando este material de limpeza. O ato foi enquadrado no Inciso III do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), que proíbe o porte, o uso e a fabricação de artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, razão pela qual o acusado ficou preso durante cinco meses até o julgamento e foi condenado a cinco anos de prisão.

Esses dois casos envolvendo Rafael Braga e Breno Borges, evidenciam toda a contradição da política criminal de drogas e a seletividade do poder judiciário, apesar de Breno Borges ter direito a responder o processo em liberdade, esse mesmo direito não é garantido a mais de 40% dos presos brasileiros, que são compostos por presos provisórios (OLIVEIRA, 2017).

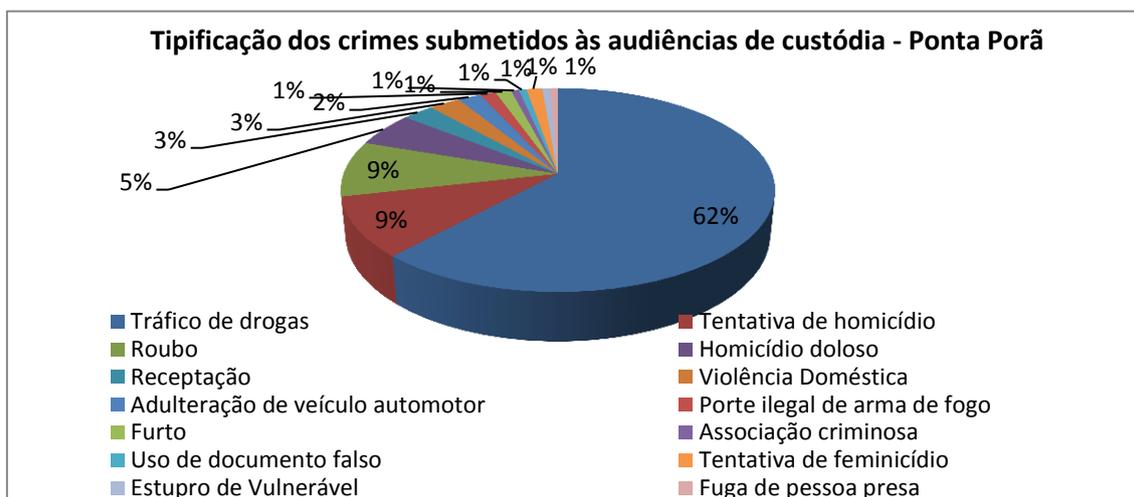
Em relação à criminalização dos indígenas, a situação também é preocupante. O Mato Grosso do Sul é a unidade da federação que possui o maior número de índios encarcerados em suas penitenciárias (SANTELI; BRITO, 2014). Segundo pesquisa do Centro de Trabalho Indigenista em parceria com a Universidade Católica Dom Bosco

(CTI, 2008, pp. 33-50), em 2006 existia pelo menos 103 processos criminais²⁶ em razão dos quais havia índios presos em Mato Grosso do Sul, sendo que 68 destes processos eram da comarca de Dourados. Destaca-se que dessas detenções, 63% eram provenientes de prisão em flagrante, 28% de prisões preventivas e somente 3% de sentença condenatória²⁷, denotando que a prisão cautelar contra os indígenas não tem sido usada com a observância da sua necessidade e excepcionalidade.

Quanto à seletividade penal feminina, urge notabilizar que, no levantamento de dados do Sistema Carcerário do Mato Grosso do Sul (2014), foi constatada superlotação no regime fechado no que diz respeito à população feminina, com a ausência de 135 vagas em Campo Grande e 186 nas demais cidades do estado, com elevado alto índice de envolvimento das mulheres, sendo 79,45% nos crimes previstos na Lei de Drogas; com 11,24% nos crimes contra o patrimônio; 3,84% nos crimes contra a pessoa; 3,52% em outros crimes e 1,95% nos crimes contra a dignidade sexual.

Quanto ao município de Ponta Porã constata-se que das 147 audiências de custódia realizadas entre o período de outubro de 2016 a fevereiro de 2019, 92 (62%) são relativas ao crime de tráfico de drogas, enquanto apenas 9% são pertencentes aos crimes de tentativa de homicídio e roubo, o crime de homicídio consumado ocupa 5% destas (Gráfico 5).

Gráfico 5. Tipificação dos crimes submetidos às Audiências de Custódia em Ponta Porã-MS entre outubro 2016 a fevereiro de 2019



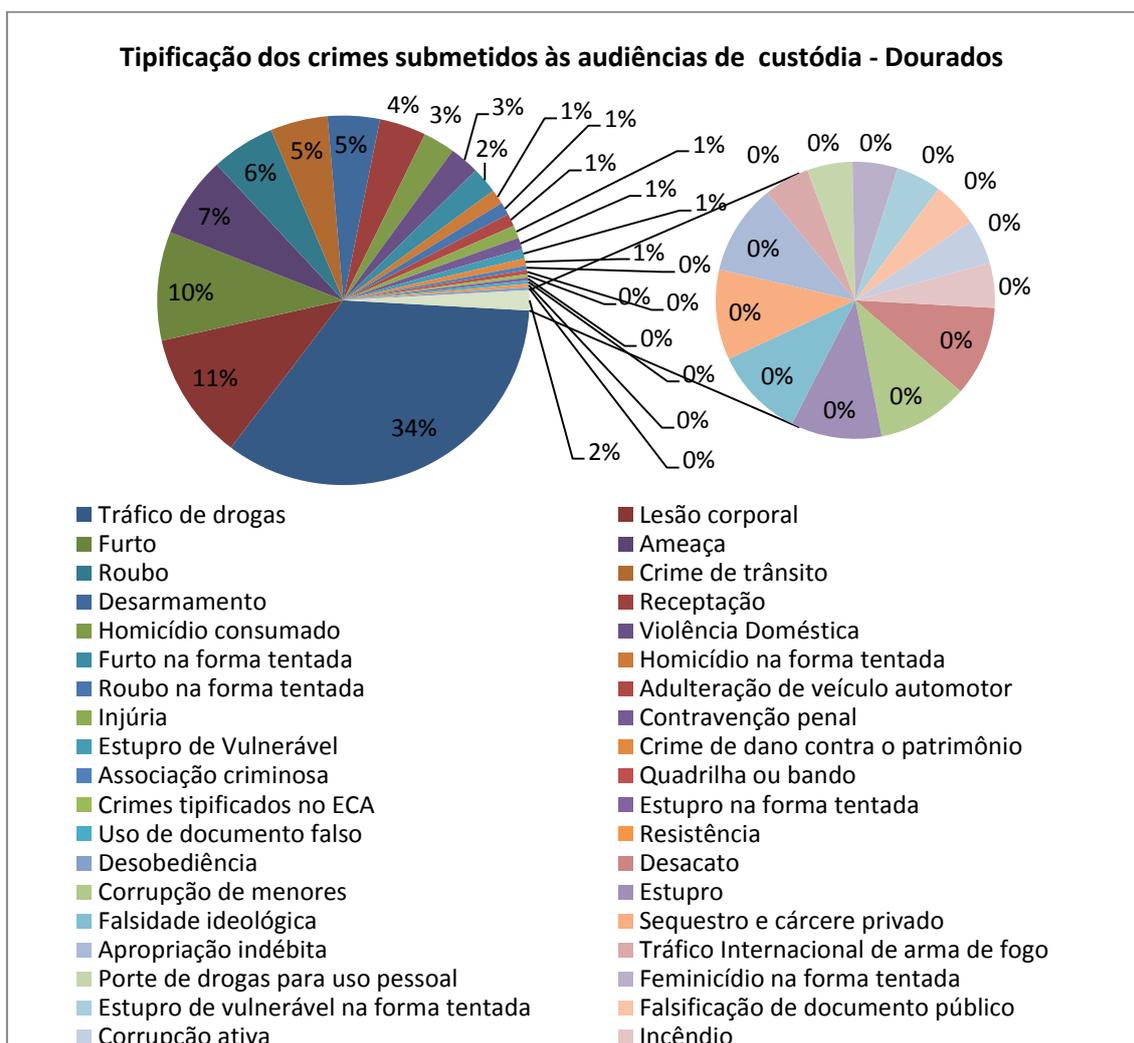
Fonte: TJMS (2019).

²⁶ Média maior que a de um preso por processo.

²⁷ A pesquisa *Situação dos detentos indígenas no estado de Mato Grosso do Sul* (CTI, 2008, p. 34), informa que, em razão do segredo de justiça, 16 outros processos (crimes sexuais envolvendo menores) não foram computados, não se sabendo, portanto, quantos índios estavam presos em razão destes crimes.

Já na cidade de Dourados, das 1083 audiências de custódia realizadas entre o período de outubro de 2016 a fevereiro de 2019, 373 (34%) são relativas ao crime de tráfico de drogas, enquanto apenas 121 (11%) são pertencentes ao crime de lesão corporal, 103 (10%) do crime de furto, 77 (7%) definem o crime de ameaça, 60 (7%) são oriundos do crime de roubo, enquanto 54 (5%) são crimes de trânsito e 49 (5%) desarmamento (Gráfico 6).

Gráfico 6. Tipificação dos crimes submetidos às Audiências de Custódia em Dourados-MS entre outubro 2016 a fevereiro de 2019

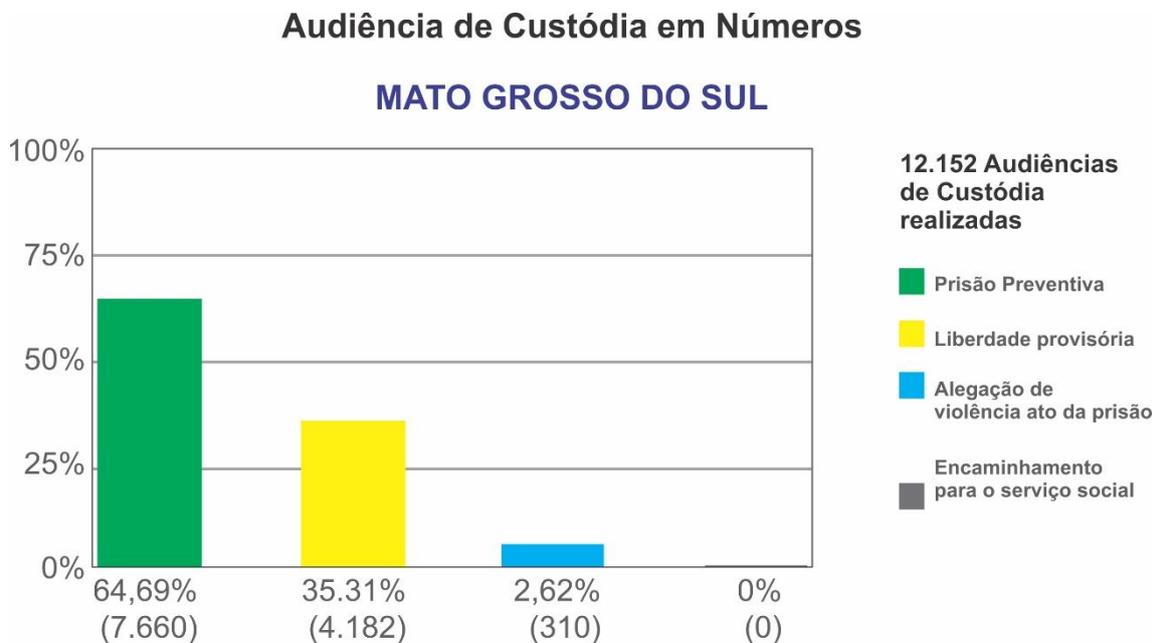


Fonte: TJMS (2019).

O funil de seletividade penal no Mato Grosso do Sul também pode ser aferido pelo número de conversão da prisão em flagrante em preventiva, entre o período de outubro de 2015 a julho de 2017, conforme se vê no gráfico 7, pois ao se levar em consideração as 12.152 audiências de custódia realizadas, 7.760 destas resultaram em

prisão preventiva, totalizando o percentual de 64,69%, enquanto 4.182 resultaram em liberdade provisória, ou seja, apenas 35,31% do total, por fim, apurou-se que apenas 2,62%, ou seja, somente 310 pessoas, no transcurso das audiências de custódia, alegaram violência no ato da prisão (CNJ, 2017).

Gráfico 7. Percentual de conversão de flagrante em preventiva em Mato Grosso do Sul



Fonte: TJMS

Período 05/10/2015 a 05/07/2017.

Nesta percepção, concluímos que o estado de Mato Grosso do Sul utiliza como funil de seletividade o recorte racial, financeiro, de gênero e de tipos penais, diante da realidade insustentável do encarceramento em massa, oriundo principalmente da punição dos crimes patrimoniais, como roubo e furto, crimes contra a saúde pública, como o tráfico de drogas, cometidos em sua maioria na fronteira Brasil-Paraguai. Dentre estes crimes, o que mais se destaca em número de cometimento, sem dúvidas, é o de tráfico de drogas. A lacuna da Lei de Drogas ao não arrolar critérios objetivos para determinar se a droga apreendida se trata de uso pessoal, ou não, dá azo a critérios totalmente subjetivos da polícia, do ministério público e magistrados. Diante desta realidade, a criminalidade é distribuída desigualmente, conforme as características pessoais dos indivíduos, ocasionando, portanto, a seletividade penal, à vista que as classes menos favorecidas terminam sendo as mais afetadas pela subjetividade presente no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Desse modo, o Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul, a despeito do “combate às drogas” na fronteira, não deve ser seletivo, a ponto de sucumbir ao clamor da mídia e da grande parcela da população do estado, e punir as pessoas submetidas ao sistema penal de maneira desigual, ocasionando a segregação das classes sociais mais pobres.

3.4 Caminhos da audiência de custódia como método de desencarceramento em Mato Grosso do Sul: uma proposta à luz dos Direitos Humanos

A pesquisa aponta reflexões pontuais, sem a pretensão de encerrar o assunto, na medida em que escrever sobre audiência de custódia é algo desafiador, pois se ampara nos Direitos Humanos, no princípio da reserva legal, do devido processo legal, na ampla defesa, no direito penal mínimo e do equilíbrio e, evidentemente, na figura chamada: Juiz de Garantias. Esta audiência tem como objetivo: a garantia da presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

O estado de Mato Grosso do Sul foi o vigésimo quinto estado a aderir à iniciativa do *projeto Audiência de Custódia*. Na cerimônia de entrada do estado no projeto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, afirmou que “ao aderir ao projeto, o governo tem algumas despesas iniciais, porque é preciso colocar viaturas policiais à disposição do Judiciário, transportar presos, oferecer escolta, mas a relação custo-benefício é extremamente favorável para o Executivo” (CNJ, 2016b).

A Resolução 215/2015 do Conselho Nacional de Justiça é a fonte normativa, que na ausência de lei, torna efetivo o direito da pessoa submetida à prisão ser conduzida sem demora à presença da autoridade judicial competente. A audiência de custódia tornou-se ainda um instrumento hábil no enfrentamento da tortura dos presos no Brasil.

Abordar audiência de custódia é ressaltar a importância da agência judicial, vez que esta tem o dever de exercer a função de garantia dos direitos do ser humano, em especial daqueles cidadãos presos. Para Lanfredi (2017), o magistrado, a última garantia das garantias, deve ter poder suficiente para confrontar tanto as organizações criminosas, como impedir o linchamento das pessoas processadas. Para tal intento, Ferrajoli (2002) exorta que, o juiz de garantias representa e integra um órgão que detém outra “estrutura mental”.

Desafortunadamente, “o discurso jurídico-penal e a própria ideologia dos Direitos Humanos abrigam a contradição, quando justificam um ato de poder e pretendem limitá-lo a partir de sua legitimação justificante” (ZAFFARONI, 2001, p. 234). É utópico imaginar que os sistemas penais respeitarão os princípios da legalidade, da reserva legal, da culpabilidade, da humanidade e da igualdade, quando sua estrutura aponta para a violação de todos estes. Para Zaffaroni (p. 235):

O que se pode pretender é que a agência judicial empregue todos os seus esforços a fim de diminuir cada vez mais o número e a intensidade dessas violações, a fim de obter uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios.

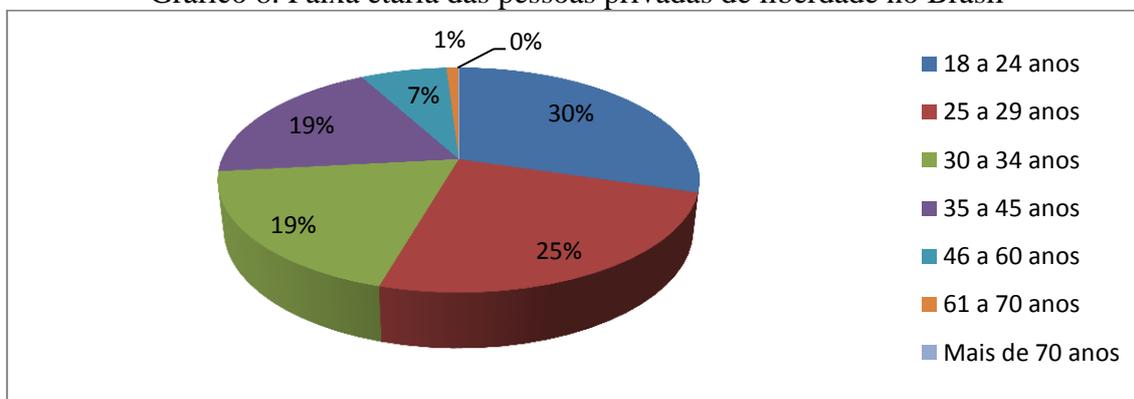
Dentro desta visão, pode-se dizer que a principal tarefa do juiz na fase inicial do processo criminal é operar garantias e ao mesmo tempo supervisionar a legalidade das ações e interferências dos outros órgãos estatais, assumindo legitimamente o exercício da função que a constituição atribui (LANFREDI, 2017, pp. 205-206). Diante disso, a autoridade judicial assume a função de garantidor ao posicionar-se sensível a cometimentos de violações ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal (GARCIA, 2014).

Segundo o relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016), o fato de a população prisional ultrapassar a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Quanto à taxa de aprisionamento, entre 2000 e 2016, esta aumentou em 157% no Brasil, dado que em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes, já em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. O estado de Mato Grosso do Sul ocupa o primeiro lugar na taxa de encarceramento em todo o país, em termos proporcionais, dado que em 2016 contabilizaram-se 696,7 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes em todo o estado (INFOPEN, 2016). Ocorre que, esta taxa de encarceramento encontra-se em 834,6 para cada grupo de 100 mil habitantes (CNJ, 2017).

No que diz respeito à faixa etária da população prisional, podemos afirmar que 55% da desta é formada por jovens, considerados até 29 anos (Gráfico 8), segundo classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Ao considerarmos o recorte da população criminalmente imputável (acima de 18 anos), constatamos uma taxa de aprisionamento da ordem de 487,7 pessoas presas para cada grupo de 100 mil

peças acima de 18 anos no Brasil. A faixa etária da população privada de liberdade no Mato Grosso do Sul, demonstra que 24% desta tem 18 a 24 anos, enquanto 23% encontra-se com 25 a 29 anos, sendo que 23% tem 35 a 45 anos, 20% está com 30 a 34 anos (INFOPEN, 2016).

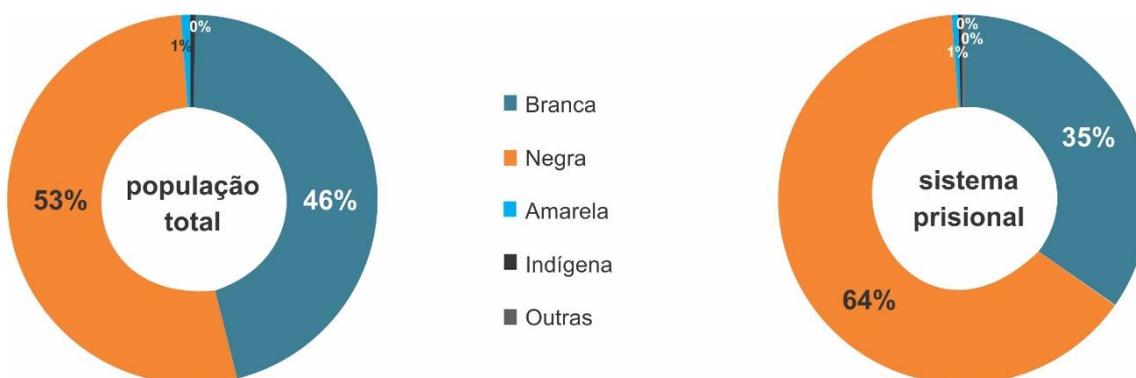
Gráfico 8. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016.

A informação sobre a raça, cor e etnia da população prisional, demonstra 64% da população prisional é composta por pessoas negras (Gráfico 9). No estado de Mato Grosso do Sul, 62% da população carcerária é composta por pessoas negras, enquanto 35% por pessoas brancas.

Gráfico 9. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

No tocante à escolaridade, observa-se um baixo grau de escolaridade, menos de 1% dos presos tem o ensino superior incompleto, enquanto 75% não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental, sendo que entre a população

que se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa da educação formal, temos 24% da população privada de liberdade. No Mato Grosso do Sul, 59% da população possuem ensino fundamental incompleto, enquanto 11% detêm ensino médio incompleto, e 1% desta cursou o ensino superior incompleto (INFOPEN, 2016).

Quanto à distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade por tipo penal, o relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias constatou que os tipos penais cometidos pelos homens presos são 26% tráfico de drogas, 2% quadrilha ou bando, 26% roubo, 12% furto, 3% receptação e 11% homicídio (Gráfico 10), enquanto pelas mulheres presas foram divididos em 62% tráfico de drogas, 2% quadrilha ou bando, 11% roubo, 9% furto, 1% receptação e 6% homicídio (INFOPEN, 2016, p. 43). No Mato Grosso do Sul, grande parte das histórias das detentas revela casos de mulheres usadas como “mulas” por traficantes, isto é, no transporte de drogas, que, por envolvimento emocional com os bandidos ou diante das dificuldades financeiras, aventuram-se no mundo do crime (OLIVEIRA, 2018).

Gráfico 10. Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016.

Oliveira (2018) relata que, nos últimos cinco anos, houve um aumento de 37% do número total de presos no estado de Mato Grosso do Sul, todavia, houve uma redução de mais de 4% de mulheres em situação de prisão, dado que em 2013 havia 1099 detentas. Segundo o Mapa Carcerário, referente a janeiro de 2018, existiam 1054 detentas, cumprindo pena em regimes fechados, semiaberto e aberto. Relata ainda a autora, que muitas dessas detentas são mães precoces e possuem baixo grau de

instrução, tanto que o índice de custodiadas que não concluíram o ensino fundamental alcança 56%, bem como a maior parte destas é composta por jovens que possui entre 18 e 29 anos.

Diante desse cenário, pertinente é a ponderação da coordenadora-geral de Promoção da Cidadania do Depen, que aponta como saída o reforço às alternativas penais, como penas restritivas de direitos, conciliação e mediação (MARTINS, 2018). A audiência de custódia se encaixa nestas medidas alternativas, e deve ser não só efetivamente implantada como incentivada pelo Governo Federal e Estadual, dado que se trata de método eficaz para o desencarceramento em massa e humanização do direito penal.

Segundo a Série Justiça Pesquisa, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), em sua pesquisa: *Direitos e Garantias Fundamentais*, a qual busca uma possibilidade de captação das mentalidades, sensibilidades e convicções compartilhadas no interior do campo Judiciário, bem como na identificação das divergências nos discursos penais, fomentando debates e disputas substanciais que promovam a desconstrução dos paradigmas punitivistas, mesmo como a nova sistemática introduzida pela Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva continua sendo corriqueiramente aplicada nos tribunais do país, sem ao menos se verificar o cabimento de medidas alternativas e em desrespeito as garantias fundamentais. Baseado nos dados divulgados pelo Departamento Nacional (DEPEN), relativos aos anos de 2015 e 2016, afirma-se que após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011 não houve redução do encarceramento provisório no país, tanto que entre o período de dezembro de 2015 a dezembro de 2016, houve o aumento deste da ordem de 3%.

O presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2015, afirmou que “nós temos uma cultura da prisão enfatizada, de enxergar a prisão como única resposta à delinquência. Porém, a tendência a longo prazo será mostrar que a liberdade deverá ser preservada, porque grande parte desses presos não deveria sequer entrar no sistema prisional”. Ao abordar as benesses da audiência de custódia, que foram implantadas primeiramente em São Paulo, destacou que: “nós percebemos que praticamente metade das prisões em flagrante não está sendo convertida em prisão preventiva. Os juízes estão verificando que nem sempre o flagrante é bem decretado”. Ademais antes desta audiência, “o preso só veria o juiz depois de meses ou até de anos conforme o curso do processo. Agora, essa prisão já é resolvida e pode até ser aplicada uma medida alternativa, como tornozeleira” (VELASCO; D’ AGOSTINO; REIS, 2015).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2016b), o percentual de soltura do Mato Grosso do Sul, através das audiências de custódia é de 42%, em vista que 1.990 cidadãos foram liberados da prisão desde a sua implantação do Tribunal de Justiça do estado, que se deu no dia 05 de outubro de 2015, gerando a economia anual de R\$ 161.790.000.

O estado de Mato Grosso do Sul editou o provimento 352/2015, a fim de disciplinar, no âmbito do Poder Judiciário Estadual de Mato Grosso do Sul, a realização de audiência de custódia. Para tanto, o estado fundamentou que: a restrição da liberdade individual é medida de exceção por imperativo constitucional, justificando-se somente nos casos expressos em lei e quando não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão e estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva; as disposições da Lei nº 12.403/2011 impuseram ao juiz a obrigação de converter em preventiva a prisão em flagrante delito, quando não for o caso de seu relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar; o item 5 do art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, o qual dispõe que “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”; no ordenamento jurídico pátrio toda prisão deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente, que poderá, se a considerar ilegal, relaxá-la, bem como que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, com base no art. 5º incisos LXII, LXV e LXVI da Constituição Federal; nos termos do §1º do art. 306 do Código de Processo Penal, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente; o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, tem adotado diversas providências visando contribuir para a solução dos problemas afetos à superlotação do sistema carcerário.

Conforme o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (2018), das 12.152 das audiências de custódia realizadas em MS, no período entre outubro de 2015 a julho de 2017, 4.182 (35,31%) acusados obtiveram a concessão da liberdade provisória, através apenas do Rio Grande do Sul, que registrou 15,17% de soltura. Este índice de soltura chega aos 61,25% na Bahia e 50,38% em Santa Catarina. No Mato Grosso, o índice de não concessão de liberdade provisória é de 56,28%. A média nacional registrada foi de 44,68%.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul justifica o baixo índice de concessão de liberdade provisória durante as audiências de custódia:

O número de manutenção de prisões ou de decretação de prisões após a audiência de custódia decorre do elevado número de fatos delituosos, especialmente do tráfico de drogas, por se tratar de Estado fronteiriço com dois países que são conhecidos como produtores de maconha e cocaína, com um grande número de réus oriundos de outras unidades da Federação, circunstâncias que demandam a necessidade de prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da Lei Penal (TJMS, 2018).

Contudo, a concessão da liberdade provisória não significa impunidade, pois mesmo livre, o réu enfrenta o processo penal, sendo que ao final do julgamento, pode cumprir a sentença na penitenciária. A audiência de custódia é a primeira oportunidade, após a prisão, de o réu ter contato físico com o juiz, o qual avaliará a necessidade de sua custódia, podendo a autoridade judicial aplicar medidas diversas à prisão. Diante disso, o instituto é um potencial instrumento de desencarceramento em Mato Grosso do Sul, que vai de encontro ao respeito aos direitos humanos, ao perscrutar se houve violência do custodiado no momento da prisão.

Destaca-se que o programa de audiência de custódia também prevê a implantação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico e câmaras de mediação penal (CNJ, 2016). Em 2017, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (Sejusp), a fim de diminuir o custo com o sistema penitenciário e oferecer a possibilidade de penas alternativas ao sistema Judiciário, diminuindo a superlotação nos presídios, contrataram serviços para a utilização de mais duas mil tornozeleiras para monitoramento eletrônico de custodiados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen, 2017).

Um aspecto positivo das audiências de custódia em Mato Grosso do Sul é o fato de, em agosto de 2016, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ter se destacado no CNJ, entre os três estados do país, além do Distrito Federal que, à época, implantaram estas em todas as comarcas (TJMS, 2018).

Por outro lado, a Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul teve que apresentar pedido de providências (PP 0004974-17.2017.2.00.0000) ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, por sua vez, determinou que o Tribunal de Justiça implante o Sistema de Audiência de Custódia (Sistac), uma vez que de acordo com a Resolução 213/2015 do CNJ, todos os tribunais de justiça devem encaminhar ao conselho relatórios com informações relativas sobre as audiências de custódia para “produzir

estatísticas sobre o número de pessoas presas em flagrante delito, de pessoas a quem foi concedida liberdade provisória, de medidas cautelares aplicadas com a indicação da respectiva modalidade, de denúncias relativas a tortura e maus tratos, entre outras”. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul não implantou o sistema por argumentar que sua base de dados não seria compatível com a plataforma digital adotada, todavia, após a decisão do CNJ, este determinou à Secretaria de Tecnologia e à Corregedoria-Geral de Justiça que promovam todas as providências para sua implementação e utilização do sistema SISTAC pelos magistrados (PELLICIONI, 2018).

No Brasil, a audiência de custódia se propõe a efetivar os direitos fundamentais do cidadão preso, em especial o direito à integridade e à liberdade. No Mato Grosso do Sul, apurou-se que a maioria das audiências de custódia é referente aos crimes de tráfico de drogas, roubo, furto e homicídio, portanto, este instituto deve ser aprimorado, com respaldo no princípio da adequação social, principalmente no que tange ao crime de tráfico de entorpecentes, onde majoritariamente são presos microtraficantes ou mulas, enquanto os grandes traficantes não são identificados pela Justiça Criminal.

Analisando os dados do CNJ, DEPEN, INFOPEN, AGEPEN e TJMS conclui-se que há necessidade de quebra do paradigma: cultura de encarceramento nos operadores do direito, em especial os magistrados, os quais se baseiam numa visão punitivista do direito penal. Diante dessa ponderação, destacamos que o caminho é longo e pedregoso, porém, necessário e positivo, dado que o instituto da audiência de custódia além de ser um marco histórico para o direito processual penal e direitos humanos, desponta como um instrumento eficaz no desencarceramento do Mato Grosso do Sul, que devido à sua localização ser próxima ao Paraguai e a Bolívia, tem sofrido com o índice de encarceramento mais alto do país, devido aos crimes patrimoniais e contra a saúde pública, especialmente o tráfico de drogas. Encerra-se, afirmando que, na audiência de custódia o Estado, através de seus juízes, poderá conceder liberdade provisória e/ou medidas cautelares diversas da prisão, despido de uma visão de que a prisão, por si só, diminui a criminalidade e traz segurança à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal é pautado nas experiências adquiridas no desenvolvimento cultural da Nação, afirmadas na Constituição. Nesta ótica, pode-se afirmar que os institutos do processo penal revelam a natureza política da norma constitucional. Assim, o direito processual penal pode ser concebido como verdadeiro direito constitucional aplicado.

No plano interno, os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana fundamentam o instituto da audiência de custódia. Já nas relações internacionais, vige o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

O desenvolvimento dos direitos humanos se fundou na centralização do ser humano como detentor de direitos, nascendo, assim, os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre os quais está à dignidade das pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, está atrelado à origem dos direitos humanos, tanto que é na constitucionalização dos direitos humanos que se funda o processo penal humanitário.

A partir desta perspectiva positiva relacionada à condição humana, nasce o direito fundamental do cidadão preso em flagrante ser conduzido ao juiz competente, em curto espaço de tempo, bem como da possibilidade deste responder o processo penal em liberdade.

Noutro viés, percebemos que a mídia reproduz ideias distorcidas sobre o sistema penal, incutindo na população a concepção de ameaça quanto ao crescimento no plano interno dos direitos humanos, dentre os quais se encontra a audiência de custódia e as demais garantias ao cidadão submetido a um processo, ao discurso da impunidade e da insegurança jurídica.

Contudo, a prisão não pode ser apontada como único remédio para violência urbana e criminalidade do país. O processo penal não pode ocupar o papel de vingador da vítima, ao revés, deve dedicar-se à proteção da parte mais fraca. Para Zaffaroni (2011), o *ius puniendi* tem que ser executado de maneira proporcional aos conflitos existentes em uma sociedade e limitado às menores repercussões possíveis, aprimorando o poder de contenção das agências do sistema penal. Nesta busca, o Estado não deve abusar das sanções punitivas, pois o Direito Penal não é a solução dos problemas sociais, e sim garantidor de direitos fundamentais. Desse modo, a pena deve

ser concebida como uma proteção ao réu, visto que no Estado Democrático de Direito prevalece o direito penal mínimo, que assegura aos acusados os direitos característicos do ser humano.

O Direito Penal exerce uma função limitadora da sociedade, entretanto, deve restringir sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais necessários ao convívio social. O Estado ao elaborar as leis, deve regulamentar apenas as condutas que geram verdadeiras reprovabilidades sociais, a fim de trazer a efetividade ao sistema. Assim, o direito penal mínimo é colocado em prática quando ocorrem os processos de descriminalização, despenalização e desjudicialização de condutas que podem ser resolvidas em outras esferas do direito.

No respeito aos direitos fundamentais reside à figura do juiz de garantias, que se propõe a aplicar o direito punitivo mínimo. A recomposição da paz, através do Direito Penal, somente se justifica ante a ineficácia dos outros ramos do Direito em dar respostas aos problemas e conflitos sociais, e esta é a máxima do garantismo, pois se funda no mínimo de intervenção penal e no máximo de garantias das liberdades e direitos fundamentais.

Em verdade, as intervenções sociais assumem um papel decisivo quando se pretende que o sistema penal possa responder às demandas de uma sociedade democrática, plural e participativa, para garantir os direitos de todos os cidadãos, tanto os infratores do sistema penal quanto aqueles que resultam vítimas de crimes ou prejudicados pelas consequências sociais que o sistema de justiça criminal não pode minimizar.

Fundamentada na figura do juiz de garantias, surge à audiência de custódia, com a intenção de diminuir o encarceramento em massa, através da possibilidade de o réu responder o processo em liberdade. Atualmente o Brasil é o terceiro país com maior número de pessoas presas, sendo que 40% destas se tratam de presos provisórios, redundando numa superlotação (CNJ, 2017a).

O sistema prisional é altamente seletivo, sendo que os pobres e negros são suas maiores vítimas. O perfil da população carcerária revela que 64% dos encarcerados são negros, enquanto 67% das mulheres submetidas à prisão são negras (CNJ, 2017a). No que diz respeito à faixa etária, ressalta-se que mais de 55% das pessoas presas são jovens entre 18 e 29 anos (CNJ, 2017a). Quanto ao tipo penal, vê-se que os crimes que mais levam pessoas à prisão são o roubo, furto e tráfico de drogas.

No que tange ao crime de tráfico de drogas, infere-se que desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343/2006, a população carcerária brasileira aumentou 96% (CNJ, 2017a), trazendo a superlotação do sistema prisional, que pode ser verificada mais severamente nas mulheres submetidas à prisão, pois 61% destas cumprem pena por crimes relacionados a drogas (CNJ, 2017a). Assim, o tipo penal que mais encarcera no Brasil e no estado de Mato Grosso do Sul é o tráfico de drogas.

Conforme dados levantados pelo DEPEN (2016), o trabalho da audiência de custódia encontra-se focalizado na análise das prisões em flagrante por cometimento de crimes de roubo, furto, receptação, lei de drogas, lei de trânsito e desarmamento. Sendo o roubo e o tráfico de drogas, os crimes de maior incidência nas audiências de custódia, bem como na incidência de manutenção da prisão. A pesquisa do CNJ (2017a) revela que 57,2% das pessoas submetidas à audiência de custódia, são mantidas presas enquanto aguardam o julgamento, sendo inclusive mais frequente do que nos casos de violência doméstica, em que 39,8% dos presos em flagrante permanecem encarcerados após a audiência de custódia.

O Estado, através de seus órgãos de controle de poder, age seletivamente, entupindo as cadeias de usuários, pequenos traficantes de drogas e roubadores - que serão as presas fáceis das organizações criminosas que comandam o sistema. Este processo de seleção à criminalidade estigmatiza uma classe de pessoas menos favorecidas, não se pautando para a aplicação da reprimenda, no crime que o indivíduo cometeu, mas, na condição social, grau de escolaridade deste, etc. Evidenciando que a influência e a ação que os estereótipos relativos ao crime ou ao criminoso têm, são baseados em caricatura ou preconceitos, de ordem cultural ou ideológica, que compõem uma parcial, quando não falsa, compreensão da realidade social.

Outro fator prevalente na seletividade penal é a cifra oculta, que diz respeito aos crimes que não chegam ao conhecimento policial, haja vista terem sido praticados por indivíduos da classe mais alta da sociedade. A cifra oculta e a banalização de tipos penais sem estrutura persecutória geram impunidade, vez que enquanto alguns “criminosos” são punidos pelo sistema penal, outros autores de delitos ficam impunes. Neste contexto, destaca-se que a cifra oculta pode ser palpável a partir da análise da imensa diferença entre os crimes ocorridos e os que são apurados pelas autoridades competentes. As consequências diretas desta são o sentimento de injustiça às vítimas dos crimes e o descrédito ao Judiciário. Para evitar esses malefícios sociais, o Poder

Judiciário deve efetivar o controle jurisdicional da criminalização, reprovando as condutas ilícitas de todas as pessoas, independentemente de que classes sociais ocupem.

Constata-se ainda que 62% da população carcerária do estado é composta por pessoas negras, enquanto 35% por pessoas brancas. No tocante à escolaridade, observa-se um baixo grau de escolaridade, pois menos de 1% dos presos possuem o ensino superior incompleto, enquanto 75% não cursou o ensino médio (CNJ, 2017a).

A solução para esta problemática social está na efetivação dos direitos fundamentais da maioria da população, que se encontra despida da dignidade da pessoa humana, diante das políticas econômicas geradoras de misérias e desigualdades crônicas, em um contexto de uma sistemática falta de atenção das necessidades básicas; e na aplicação da teoria da vulnerabilidade, a fim de que a reprovação de pessoas que ocupam situações de privilégios e de extrema pobreza se realize em intensidades diferentes.

O Brasil caminha para o entendimento de que o uso abusivo do sistema repressivo contraria as aspirações democráticas, porque este só reflete e aprofunda a relação de desigualdade. O cárcere transforma em depósito de todos aqueles que são vítimas da irracionalidade e da indiferença do Estado. Aliás, a falta de efetivação dos direitos sociais fundamentais, a concentração da riqueza da Nação nas mãos de poucos privilegiados, a pobreza e o desemprego, contribui para a exclusão social. A ausência dos direitos sociais otimiza o cometimento de delitos patrimoniais e daqueles ligados a Lei de Drogas. Dito isto, a população pobre se torna mais vulnerável para o recrutamento de mão de obra do crime organizado transnacional.

No plano legislativo, o país oscila entre o direito penal de emergência e o direito de garantias processuais penais. O direito penal de emergência é pautado nos discursos sociais de segurança pública e criminalidade, deflagrados quando ocorrem delitos gravíssimos que desestabilizam o convívio social, como aconteceu com a Lei de Crimes Hediondos e Antiterrorismo, sendo disseminados pela mídia com a intenção de manter o condenado por mais tempo no sistema penal, através do recrudescimento da legislação penal e processual penal. Ocorre que a criação do direito penal de emergência além de acarretar inflação legislativa, contribui para o aumento vertiginoso da população carcerária.

Noutra direção segue o direito de garantias processuais penais, que ao efetivar os direitos individuais humaniza o direito processual penal brasileiro, elevando-o no mesmo nível do já praticado em diversos outros países. Exemplo dessa civilização é a

Lei nº 12.403/2011, que mitigou um pouco esse déficit do investigado que era levado à presença do juiz no interrogatório judicial, ao prever um controle mais acurado pela autoridade judiciária competente sobre o auto de prisão em flagrante. Neste contexto, surge a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

A reforma do Código de Processo Penal de 2008 não previu o direito à condução do preso, sem demora, à presença de um juiz. A Lei nº 12.403/2011, entretanto, avançou no sentido de trazer a possibilidade de exame da legalidade da prisão do preso em flagrante, por decisão motivada sobre a situação cautelar do autuado, sem necessidade de provocação do defensor ou até mesmo promotor de justiça, através das opções de cautelas previstas no artigo 319 do CPP. Superando em garantias, a Resolução 213/2015 do CNJ, tornou possível que todos os juízes e tribunais nacionais tornassem efetivo o direito à condução do preso sem demora à presença da autoridade judicial competente.

Diante deste dilema, deve-se encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade e a segurança, ou seja, pensar o processo penal a partir dos direitos humanos. Para tanto, é necessário que os juízes e os agentes do sistema penal desempenhem seus papéis sem sucumbir à pressão dos meios de comunicação de massa, do interesse privado de legisladores, e do clamor por vingança advindo da sociedade. O processo penal só pode ser um instrumento de mudança a partir do momento que se torna impopular, quebrando expectativas sociais ao oferecer ao acusado o contraditório.

Nesta ótica, a aplicação de punições por parte do Estado, deve respeitar a dignidade humana de cada indivíduo, que é o princípio fundamental dos direitos humanos. E este princípio proíbe a imposição de tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. O encarceramento em massa e a prisão provisória no Brasil ostentam números preocupantes, e em razão disso, necessita-se que o juiz aplique os princípios da dignidade da pessoa humana, pois muitas vezes o Estado que deve ser o maior responsável pela sua observância, acaba sendo seu maior infrator, quando encarcera sem necessidade ou permite que seus agentes cometam tortura ou maus-tratos em face dos custodiados. Uma das finalidades da audiência de custódia é a apuração de violência no ato da prisão, somada ao respeito à proporcionalidade, a fim de encontrar a pena proporcional, ante a possibilidade de sanções alternativas à pena privativa de liberdade e do contraditório, que se inicia nesta audiência, onde o juiz pautado na dignidade da pessoa humana e na proporcionalidade da pena analisa a legalidade e necessidade da prisão.

Esta conquista civilizatória que se respalda no ajustamento do processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, controle da legalidade das prisões e prevenção da tortura policial, depende principalmente da mudança de cultura dos profissionais do Direito.

Um dos aspectos mais importantes da audiência de custódia é que nela o juiz decide se a pessoa continua presa ou ficará em liberdade, com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, não havendo possibilidade de haver conclusão dos autos para decidir posteriormente. A oralidade é uma das características essenciais da audiência de custódia, de modo que, as decisões devem ser proferidas em audiência, de maneira fundamentada, pois decisões solitárias no gabinete do juiz destoam do espírito desta audiência. Ademais, o prazo de 24 horas, estipulado na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional da Justiça, serve tanto para que a audiência de custódia se realize, como para que o juiz decida, por escrito, sobre a prisão, imposição de medidas cautelares diversas da prisão e medidas adotadas em caso de constatação de indícios de tortura e maus tratos. A propósito, a não realização da audiência de custódia, somada a manutenção da prisão do autuado em flagrante acarretará a ilegalidade da prisão. Ademais, se a ausência da audiência de custódia for verificada no início da persecução penal invalidará os atos posteriores, eliminando inclusive a possibilidade de se decretar a custódia. Assim, o órgão jurisdicional que tomar conhecimento desta irregularidade deverá ordenar o relaxamento da prisão pré-cautelar.

Quanto à diminuição do encarceramento provisório no país, através das audiências de custódia é inegável a sua contribuição, entretanto, o Conselho Nacional de Justiça constatou que entre o período de 2015 a 2017, 55,32% das prisões em flagrante submetidas ao controle judicial exercido naquele ato resultaram em prisão preventiva. No que diz respeito à prevenção da violência policial no ato da prisão, os números relativamente baixos retratam primeiro que houve sim um desincentivo ao cometimento de abusos por parte dos agentes estatais, por outro lado, há muita subnotificação da violência, em virtude da falta de preparação dos profissionais do Direito para este tipo de abordagem, com o objetivo de prevenir e punir condutas que violam os direitos humanos, somada às dificuldades estruturais da justiça criminal e à presença dos policiais durante a realização do ato processual.

No Mato Grosso do Sul, o funil de seletividade pode ser vislumbrado através do número de conversão da prisão em flagrante em preventiva, ao se levar em consideração o período de outubro de 2015 a julho de 2017, constatou-se que das 12.152 audiências

de custódia realizadas, 7.760 (64,69%), resultaram em prisão preventiva, enquanto 4.182 (35,31%) resultaram em liberdade provisória (CNJ, 2017a).

O Balanço do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça demonstra que o Mato Grosso do Sul é o estado que mais encarcera no país, em termos proporcionais, com 834,6 presos para cada 100 mil habitantes, levando-se em consideração o número de 22.644 presos condenados e em caráter provisório, nos regimes de reclusão, semiaberto e aberto, para 2.713.147 habitantes (IBGE/2017). Este quadro deve-se ao tráfico de drogas, que se tornou o crime responsável por praticamente metade das prisões, considerando-se que a maioria da droga apreendida no Brasil advém das fronteiras do estado. O estado também é o que mais encarcera mulher no país, tendo como principal causa o tráfico de drogas - a cada 10 ocorrências de prisão 8 são relacionadas a lei de drogas.

No Mato Grosso do Sul, grande parte das histórias das detentas revela casos de mulheres usadas como “mulas” por traficantes, dentre as quais muitas são mães precoces e possuem baixo grau de instrução, pois 56% não concluíram o ensino fundamental. Constata-se ainda que a maior parte da população carcerária do estado é composta por jovens que possuem entre 18 e 29 anos.

Destaca-se que o estado de Mato Grosso do Sul ingressou com Ação Cível Originária (Ação Civil Pública) nº 2992/2017 em face da União, perante o Supremo Tribunal Federal, em decorrência de atuar como escudo para as demais unidades da Federação, desembolsando recursos financeiros e humanos no combate ao tráfico de drogas, armas e munições.

Diante dessa realidade, as audiências de custódia podem contribuir para que mulheres presas em flagrante no estado fiquem menos tempo detidas, através da concessão de prisões domiciliares com uso de tornozeleiras por exemplo. A audiência de custódia aponta como método eficaz no desencarceramento do Mato Grosso do Sul, que devido sua localização ser próxima da fronteira Brasil-Paraguai, tem sido frontalmente atingido com o alto índice de criminalidade e encarceramento, pois é o estado que proporcionalmente mais aprisiona no Brasil, em virtude principalmente das prisões em flagrante por tráfico de drogas. Neste caminho, os magistrados devem se encontrar desnudos do paradigma de que a prisão diminui a criminalidade e conduz segurança ao povo.

Alerta-se, entretanto, que as audiências de custódia devem ser operadas de forma a destinar-se estritamente ao que se propõem – garantir os direitos das pessoas presa em

flagrante e verificar a imprescindibilidade da manutenção da prisão – e não como substitutivo de uma política pública aprisionada à pressão midiática e ao clamor social por mais segurança.

A audiência de custódia pode ser concebida como uma ferramenta significativa de proteção aos direitos humanos que está em fase de estruturação e rompimento de cultura das instituições que formam a justiça criminal. O sujeito processual que pode deflagrar a quebra da cultura de encarceramento é o juiz - por ser o responsável pela condução das audiências de custódia-, a fim de provocar reação em cadeia entre os demais sujeitos processuais, que conceberão o processo penal como instrumento de garantias fundamentais do acusado, e para tanto deve romper a atuação protocolar e visualizar o ser humano, alcançando-se, assim, um padrão de excelência na administração da justiça no que diz respeito aos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Por derradeiro, na luta por esta evolução, aponta-se a utilização de novas tecnologias, como o monitoramento eletrônico, previsto nas Leis nº 12.258/10 e nº 12.403/11, para que as punições que violem os direitos humanos sejam diminuídas, ao passo que se caminhe ao lado da liberdade e em sentido oposto à prisão.

REFERÊNCIAS

ABREU, Wendy Elisa Lopez Diaz. *O garantismo penal e o modelo acusatório de processo*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-garantismo-penal-e-o-modelo-acusatorio-de-processo>>. Acesso em: 18 out. 2018.

AGEPEN. *Governo investe em monitoramento eletrônico para reduzir custos e superlotação em presídios*. Disponível em: < <http://www.agepen.ms.gov.br/governo-investe-em-monitoramento-eletronico-de-presos-para-reduzir-custos-e-superlotacao-em-presidios/>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

AGEPEN. *Informações Penitenciárias*. Disponível em: < <http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/58/2019/02/TIPOS-CRIMES-JAN-2019.pdf>>.

_____. *Informações Penitenciárias*. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br/informacoes-penitenciarias/>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

ALVES, Março Túlio Fernandes. *Uma análise crítica acerca da teoria do garantismo penal à luz das concepções de Luigi Ferrajoli*. 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 10 jan. 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AMARAL, Erika Babini Lapa do. *Direito penal e direitos humanos: uma possível harmonização mediada pelo garantismo*. Disponível em: <<http://www.asc.es.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/babini-novo.pdf>>. Acesso em 27 dez. 2017.

AWAD, Fhad. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Justiça do Direito, Passo fundo, Vol. 20, n. 1, p. 119, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Audiência de custódia: os ilegalismos não deixarão de cessar*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/02/audiencia-de-custodia-os-ilegalismos-nao-deixarao-de-cessar/>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública*. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, n. 4, pp. 159-189, 2014.

AZEVEDO, Michel Sant'Ana Simas. *Audiência de custódia em conformidade com os princípios do garantismo penal*. Disponível em: <<http://www.oabbuzios.org.br/artigos/artigo-michel.pdf>>. Acesso em 10 Jan. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: propostas de mudanças legislativas. In: *Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Criminología y sistema penal – Complilación in memorian*. Buenos Aires, Editorial BdeF, 2004.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. *O conteúdo epistemológico da audiência de custódia de São Paulo: não o apóstolo, mas também prega milagres (parte 1)*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-conteudo-epistemologico-da-audiencia-de-custodia-de-sao-paulo-nao-o-apostolo-mas-tambem-prega-milagres-parte-1>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. *Audiência de Custódia e o Sistema da Dupla Cautelaridade como Direito Humano Fundamental*. (2015a). Disponível em: <<https://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/173154765/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-da-dupla-cautelaridade-como-direito-humano-fundamental>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BANDEIRA, Antonio Rangel. *El Crimen Organizado en Brasil*. In: Solis, Luis Guillermo; Rojas, Francisco Aravena. (Org.). *Crimen Organizado en America Latina y Caribe*. Santiago de Chile: Catalonia, 2008.

BARREIRA, Cesar; ADORNO, Sergio. *A Violência na Sociedade Brasileira*. In: MARTINS, Carlos Benedito; MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza (Org.). *Horizontes das Ciências Sociais no Brasil*. 1ª. Edição. São Paulo: Barcarolla, 2010, v. 1, pp. 303-374.

BARROSO, Daniel Viegas S. *Criminologia: Do Estado de Polícia ao Estado de Direito*. Florianópolis: Conceito, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTOTE, José Ricardo; NEPOMUCENO, Daniel Augusto. Tráfico de Drogas, crime organizado e a relação com as pessoas chamadas de “mulas” no transporte de ilícitos na fronteira do Mato Grosso do Sul e países vizinhos. (Re) *Definições das Fronteiras: Velhos e Novos Paradigmas / Organização de Fernando José Ludwig, Luciano Stremel Barros – Foz do Iguaçu: Editora Idesf, 2018, pp. 179-192.*

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEGALLI, Ana Silvia Mercatto. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14624/dignidade-da-pessoa-humana-e-direito-penal>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BENTANCOR, Gladys. Frontera y integración. In: *Práticas de integração nas fronteiras: temas para o MERCOSUL*. Iára R. Castello *et al* (orgs.). Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1995, pp. 97-109.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2002.

BINDER, Alberto M. *Política criminal de la formulación a la praxis*. Buenos Aires. Editorial Ad hoc, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Coordenadores). *Manual de direito eletrônico e internet*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

BONHO, Luciana Tramontin. *Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8439>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Sobre o aproveitamento das declarações Autoincriminatórias do flagrado em audiência de custódia. *Audiência de custódia da boa intenção à boa técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Portaria 125, de 21 de março de 2014. Republicada em 26 de março de 2014. Brasília, março de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia*. Brasília: CNJ, 2016. 230 p.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *90% das audiências de custódia tratam de crimes patrimoniais e drogas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82693-90-das-audiencias-de-custodia-tratam-de-crimes-patrimoniais-e-drogas>>. Acesso em: 01 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. Brasília: CNJ, 2017a. 49 p.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017b). *Audiências de Custódia: negros e jovens são maioria*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85593-audiencias-de-custodia-maioria-sao-jovens>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646/-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

____. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*: Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 213/2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 31 out. 2018.

____. Conselho Nacional de Justiça. *Reincidência criminal no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

____. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público sobre o sistema nacional brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

____. *Decreto nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 24 ago. 2018.

____. Decreto nº 7.496, de 8 de junho de 2011. Institui o Plano Estratégico de Fronteiras. Diário Oficial da União, Brasília, 9 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7496.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

____. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

____. *Lei nº 12.850*, de 12 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

____. *Lei nº 13.008*, de 26 de junho de 2014. Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, 2016. *Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: Análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016.

____. Ministério de Justiça. INFOPEN Mulheres – junho de 2014. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2015a.

____. Ministério da Justiça. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN*: junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d05dca34.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2018.

____. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Programas Regionais. MACHADO, Lia Osório. *Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

____. Ministério da Defesa. *Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/END-PND_Optimized.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES, 2018*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

____. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN, 2016*. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

____. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento : os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude*. – Brasília : Presidência da República, 2015. 112 p. : il. – (Série Juventude Viva).

____. Senado Federal. *A visão social do preso*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/privatizacao-de-presidios/privatizacao-de-presidios/a-visao-social-do-preso>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CAETANO, Bruna. *Relatório aponta tortura como elemento estrutural do sistema prisional brasileiro.* Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/12/19/relatorio-aponta-tortura-como-elemento-estrutural-do-sistema-prisional-brasileiro/>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

CALLEGARI, André Luiz. *O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal.* IBCrim, nº 70, 1998, p. 478.

CAMPOREZ, Patrick. *Prisões e apreensões batem recorde nas fronteiras brasileiras.* Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/prisoes-apreensoes-batem-recorde-nas-fronteiras-brasileiras-22455470>>. Acesso em: 26 jan. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDIN, Eric Gustavo. *Trabalho e práticas de contrabando na fronteira do Brasil com o Paraguai.* Geopolítica(s), 2012, vol. 3, núm. 2, p. 207-234. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5209/rev_GEOP.2012.v3.n2.40041. Acesso em: 19 jun. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal.* São Paulo: Edicamp, 2001.

_____. *A arte do direito.* 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Constituição e Jurisdição: Legitimidade e Tutela dos Direitos Sociais.* Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Substitutivos penais na era do grande encarceramento.* RES SEVERA VERUM GAUDIUM – Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS. Porto Alegre, V. 2, n. 2 – Novembro de 2010.

_____. *Pena e garantias.* 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASAL, Jesús María. In: *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario.* Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 2014.

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e Liberdade – Coleção Para entender direito.* São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

_____; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica. Conceitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, V. I, 2013, p. 27.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). 2008. *Situação dos detentos indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul.* Brasília, CTI, 59 p.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos*. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2018.101.06/60746258>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil* / Luciana Peluzio Chernicharo – 2014. 160 f.

CHOUCKR, Fauzi Hassan. *A convenção americana dos direitos humanos e o direito interno brasileiro: bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001. 132 f.

_____. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. In: *IBCCrim, Boletim n. 254* – Janeiro/2014.

COLARES, Samuel Miranda. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 21 dez 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONJUR. *MS pede ressarcimento da União por despesas com presos por tráfico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-23/ms-ressarcimento-uniao-despesas-presos-trafico>>. Acesso em: 7 set. 2018.

COUTINHO, Jacinto Teles. *Audiência de custódia: Garantia do Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 93, ago./set. 2015, pp. 98-104.

CORREIA JÚNIOR, Roberto Carlos Veríssimo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma análise à luz da convenção americana de direitos humanos*. João Pessoa: Ideia, 2016.

COSSUL, Naiane; PEREIRA CARNEIRO. *Integração e Segurança na Tríplice Fronteira Brasil, Argentina e Paraguai: das rivalidades históricas à cooperação transfronteiriça*. *Visióni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l' America Latina*, n. 17, Luglio 2017, pp. 96-109.

COSTA, Renatho. Era uma vez na fronteira: o mito da zona “fora da lei”? In: *Fronteiras em movimento*. Fábio Régio Bento (org.). Jundiá: Paco Editorial, 2012, pp. 31-44.

COSTA, Alexandre Barros da. *As relações Brasil-Paraguai e os crimes transnacionais na Tríplice Fronteira: comércio e cooperação internacional*. 2017. 15f. Monografia (Especialização em Relações Internacionais Contemporâneas) – Instituto Latino-

Americano de Economia, Sociedade e Política, Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Foz do Iguaçu, 2017. 6 p. Disponível em: <https://dspace.unila.edu.br/123456789/2526>. Acesso em: 24 ago. 2018.

COSTA, Maurício Kenyatta Barros da. *Políticas de Segurança e Defesa da Fronteira Brasileira no Contexto de Integração Regional: os casos das fronteiras Brasil-Paraguai e Brasil-Uruguai*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24220/1/2017_Maur%C3%ADcioKenyattaBarrosdaCosta.pdf>. Acesso em 10 jan. 2019.

DALABRIDA, Sidney Elou. *Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal*. Curitiba: Juruá, 2006.

D'ANGELO, Élcio Félix; SANTOS, Marco José dos. O Controle das Fronteiras e a Violência no Brasil. (Re) *Definições das Fronteiras: Velhos e Novos Paradigmas / Organização de Fernando José Ludwig, Luciano Stremel Barros – Foz do Iguaçu: Editora Idesf, 2018, pp. 211-222.*

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal. *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede (2.: 2013 : Santa Maria, RS)*. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FAISTING, A. L.; CARBONARI, W. *Representações da violência na fronteira: um estudo a partir de municípios da Grande Dourados, MS*. Tempo da Ciência (UNIOESTE), v. 23, pp. 23-35, 2016.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS (FENAPEF). *Pouco vigiada, fronteiras estão à mercê do tráfico, revela relatório de Confederação*. Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF). Brasília, 03 de outubro, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARO JÚNIOR, Vicente Giaccaglini. *Soberania, segurança e violência: as cidades gêmeas da fronteira Brasil-Paraguai*. Disponível em: <https://www.academia.edu/10615961/Soberania_Seguran%C3%A7a_e_Viol%C3%Aancia_As_Cidades-G%C3%A7meas_da_Fronteira_Brasil-Paraguai>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *A integração na fronteira seca: Ponta Porã (Brasil) e Pedro Juan Caballero (Paraguai)*. Disponível em: http://www.pucsp.br/iniciacaocientifica/20encontro/downloads/artigos/vicente_ferraro_pdf. Acesso em 9 ago. 2018.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Fabio Luiz Bragança. *O garantismo penal, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro*. *Justiç@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do DF*. n. 16, ano II, Outubro/2010. Disponível em: <http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Outubro10/artigo_Fabio1.html>. Acesso em 15 fev. 2018.

FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60553/garantismo_penal_integral.pdf>. Acesso 21 dez. 2017.

FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. *Audiência de custódia e seus (in)sucessos – Breves críticas a seus descompassos práticos*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/29/RevistaLiberdades%2024_06_Artigo3.pdf>. Acesso 19 jan. 2018.

Fórum Social Mundial. *Agenda Nacional pelo Desencarceramento – Encarceramento em Massa e Racismo Institucional*. Disponível em: <<https://wsf2018.org/en/atividades/agenda-nacional-pelo-desencarceramento-encarceramento-em-massa-e-racismo-institucional/>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. *"A População Mundial"*; Brasil Escola. Disponível em <<https://brasilescola.uol.com.br/geografia/populacao-mundial.htm>>. Acesso em: 06 de mar. de 2019.

GAMA, Alexis Andreus; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *A resistência à audiência no Brasil: Sintoma de Ilegalismo*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 93, ago./set. 2015, p. 62-66.

GALHARDO, Jorge. Consumo, prohibición y narcotráfico. In: CASTILLA, Alice. *Cultura Cannabis*. Bueno Aires: Castilla, 2006.

GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal* (2014). Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23092015-092831/publico/ALESSANDRA_DIAS_GARCIA DISSERTACAO_O_JUIZ_DAS_GARANTIAS.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019. 208 p.

GARLAND, David. Estratégias de atendimento ao egresso prisional e ao familiar de preso: análise de experiências e proposta de mobilização. *Anais I Congresso Latino-americano de educação em direitos humanos*. Araraquara/SP: UNESP, 2008.

GIACOMELLO, Corina. (2013b). *Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*. México: Tirant lo Blanch.

GOFFMAN, Erving. *ESTIGMA – Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: LCT, 1988.

GOIS, Jullieth. *A Audiência de Custódia como instrumento de Justiça Restaurativa*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590305&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2018.

GOMES, Thiago. *Criação de polícia própria pode ser a alternativa para fronteiras*. Disponível em: <<https://www.correiadoestado.com.br/cidades/criacao-de-policia-propria-pode-ser-a-alternativa-para-fronteiras/333504/>>. Acesso em 25 jan. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (As ciências criminais no século XXI).

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2017.

_____. *Direitos Humanos, Sistema Prisional, e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal: parte geral - v. 1*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GURGEL, Sérgio Ricardo do Amaral. *Estatísticas mostram bom começo das audiências de custódia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/sergio-gurgel-numeros-mostram-bom-comeco-audiencias-custodia2>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multi-territorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETE, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HANSEN, Thiago Freitas; SILVA, Lucas Soares e. *Heranças da “Era da Ciência”: A seletividade penal disfarçada (1870-1938)*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/179>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal y filosofía del derecho en republica federal de la Alemanha*. Tradução de Francisco Munhõz Conde, Doxa, n. 8, 1990.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Informativo Rede Justiça Criminal, n. 07, 1. ed., a. 04, 2014. Disponível em: <http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/11/boletim_07jurisprude3aancia_rjc_0511_web.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Estimativas da população residente no Brasil e unidade da Federação com data de referência em 1º de julho de 2017. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2017/estimativa_dou.shtm>. Acesso em 10 mar. 2019.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). *Monitoramento das audiências de custódias em São Paulo*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/relatorio-ac-sp.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2019.

Instituto de Desenvolvimento Econômico e Social de Fronteira (IDESF). *O custo do contrabando*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2015. Disponível em: <http://www.idesf.org.br/2015/03/02/o-custo-do-contrabando/>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. *Rotas do crime: as encruzilhadas do contrabando*. Foz do Iguaçu: IDESF, 2016, p. 4. Disponível em: <http://www.idesf.org.br/wp-content/uploads/2018/02/Rotas-do-Crime-As-Encruzilhadas-do-Contrabando.pdf>. Acesso em 5 ago. 2018.

LAMOSO, Lisandra Pereira. Segurança pública nas fronteiras de Mato Grosso do Sul. In: PRADO, Henrique Sartori de Almeida; ESPÓSITO NETO, Tomaz. *Fronteiras e relações internacionais*. Curitiba: Ithala, 2015, pp. 213-238.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant’ana. *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos sócio-criminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

LEMOS, Clécio. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, pp. 16-17, mai., 2010.

LIMA, Adriano Gouveia. *A política de criminalização excessiva e relação com as cifras negras da criminalidade*. Disponível em:

<<https://gouveialima.jusbrasil.com.br/artigos/449357404/a-politica-de-criminalizacao-excessiva-e-relacao-com-as-cifras-negras-da-criminalidade>>. Acesso em: 10 set. 2018.

LEMES, Flávia Maria. *Manifestações do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

LOBO, Carlos Eduardo Riberi. Forças Armadas, Geopolítica e Fronteiras as relações entre o Paraguai e o Brasil no período Stroessner: 1954-1989. In: PRADO, Henrique Sartori de Almeida; ESPÓSITO NETO, Tomaz. *Fronteiras e relações internacionais*. Curitiba: Ithala, 2015, pp. 199-212.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O difícil caminho da audiência de custódia*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

_____. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 5-17, jun./jul. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MACHADO, Lia Osório *et alii*. *Bases de uma política integrada de desenvolvimento regional para a Faixa de Fronteira*. Vol. 1. 1 ed. Brasília, DF: Ministério da Integração Nacional, 2005. 450 p.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2019. pp. 1098-1111.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Maconha Transgênciã em São Paulo*. 2015. Disponível em: <http://ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=4&data%5Bid_materia%5D=326>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 66.

MARIZ, Renata. *Apenas 4% das fronteiras do Brasil são monitoradas*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apenas-4-das-fronteiras-do-brasil-sao-monitoradas-20839665>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

MARTINS, Lisandra Moreira; SANTANA, Isael José. *O encarceramento feminino no estado de Mato Grosso do Sul e a reincidência criminal*. REVISTA EM TEMPO - Marília - v. 14 - 2015. p. 259-276. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1299/41>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MARTINS, Vinicius. *Entre Rafael Braga e Breno Borges mora a seletividade penal*. Disponível em: <<https://www.almapreta.com/editorias/da-ponte-para-ca/entre-rafael-braga-e-breno-borges-mora-a-seletividade-penal>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *Exploração sexual comercial de crianças: necessidade de cooperação na Tríplice Fronteira*. Disponível em: <<http://mundorama.net/2013/03/16/exploracao-sexual-comercial-de-criancas-necessidade-de-cooperacao-na-triplice-fronteira-por-patricia-nabuco-martuscelli/>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

MASI, Carlo Velho. *A audiência de custódia frente à cultura de encarceramento*. Vol. 960. Revista dos Tribunais, out. 2015. 15 p.

MELLO, Daniel. *Más presos blancos que negros liberados tras audiencias de custodia em Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/es/direitos-humanos/noticia/2017-12/mas-presos-blancos-que-negros-liberados-tras-audiencias-de-custodia>>. Acesso em 4 nov. 2018.

MELO, Raphael. *Audiência de custódia no Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MELO, Francisco Bandeira de Carvalho. *A função retributiva da pena privativa de liberdade*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/artigo_a_funcao_retributiva_da_pena_privativa_de_liberdade.pdf>. Acesso em 20 dez. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MINAGÉ, Thiago M.; JR, Alberto Sampaio. *A questão político-criminal da audiência de custódia*. Porto Alegre: Síntese, v. 16, n. 93, ago./set. 2015, pp. 54-66.

MONTEIRO, Isaías. *Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>>. Acesso em: 17 out. 2018.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia - Introdução a seus fundamentos teóricos*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 105-147.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. *Notas sobre a seletividade do sistema penal*. Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery. Curso de Direito n. 8, JAN/JUN 2010. Disponível em: <www.re.granbery.edu.br>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MOURA, Ludney. *60% da droga que entra no país passa por Mato Grosso do Sul, diz governadora*. Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/politica/2018/60-da-droga-que-entra-no-pais-passa-por-mato-grosso-do-sul-diz-governadora/>>. Acesso 24 jan. 2019.

NEDER, Gizlene. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

NEWTON, Eduardo. *As mais recentes mutações na publicidade da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/12/06/as-mais-recentes-mutacoes-na-publicidade-da-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

NICOLITT, André Luiz. *Processo Penal Cautelar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Renan. *MS tem maior taxa de encarceramento do Brasil segundo balanço do CNJ*. Disponível em: <<https://www.correiadoestado.com.br/cidades/ms-tem-maior-taxa-de-encarceramento-do-pais-segundo-balanco-do-cnj/333931/>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUNES, Maria. *Papel e ações das instituições brasileiras na faixa de fronteira*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/181112_fronteras_do_brasil_volume1_cap03.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

OLIVEIRA, Gisele de Souza. et al. *Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

OLIVEIRA, Keila Terezinha Rodrigues. *Dados apontam redução de mulheres em presídios de Mato Grosso do Sul*. Disponível em: < <http://www.ms.gov.br/dados-apontam-reducao-de-mulheres-em-presidios-de-mato-grosso-do-sul/>>. Acesso em 26 jan. 2019.

_____. *MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira*. Disponível em: < <http://www.agepen.ms.gov.br/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

OLIVEIRA, Henrique. *Rafael Braga e Breno Borges: quando 9g de racismo pesam mais que 129kg de maconha*. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2017/07/27/rafael-braga-e-breno-borges-quando-9g-de-racismo-pesam-mais-que-129kg-de-maconha/>>. Acesso em: 7 de fev. 2019.

OLIVEIRA NETO, Arthur Narciso de Oliveira. *As Medidas Cautelares no Processo Penal – Aplicação nos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_77.pdf>. Acesso em 07 set. 2017.

PADILHA, Joaquim. *Governo Federal corta pela metade investimentos em fronteiras de MS*. Disponível em: <<https://www.midiamax.com.br/politica/2018/governo-federal-corta-pela-metade-investimentos-em-fronteiras-de-ms/>>. Acesso em: 25 jan. 2019.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte, Editora CEI, 2018.

_____. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acesso em: 07 de set. de 2017.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PELLICIONI, Lucas. *Após pedido da Defensoria Pública, CNJ determina que TJMS implante o Sistema de Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://www.defensoria.ms.gov.br/imprensa/noticias/974-apos-pedido-da-defensoria-publica-cnj-determina-que-tjms-implante-o-sistema-de-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 6 fev. 2019.

PEREIRA, Thalita Cordeiro; DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Dinâmicas das Redes Criminais e as Políticas Públicas na Fronteira Brasil/Paraguai*: o caso de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero. *Revista Brasileira de Iniciação Científica*, Itapetininga, v. 4, n. 4, 2017, pp. 35-51.

PEREIRA CARNEIRO, Camilo. *Fronteiras Irmãs: Transfronteirizações na Bacia do Prata*. Porto Alegre: Editora Ideograf, 2016.

_____. *Tríplice Fronteira Brasil-Argentina-Paraguai: transfronteirização através do crime*. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/499/384>>. Acesso em: 8 fev. 2019.

PIERI, J.L. *A aplicação da Audiência de Custódia na ordem jurídica interna*. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2015, 23 p.

PIMENTA, Luciana. *Audiência de custódia: o que é e como funciona*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239559,41046-Audiencia+de+custodia+o+que+e+e+como+funciona>>. Acesso em: 16 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Seletividade Criminal e Vitimização Secundária dos Movimentos Sociais. *Violência e Criminologia I* / Valter Foletto Santin; Antônio Sérgio Cordeiro Piedade, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito), pp. 188-207.

PRUDENTE, Neemias. *Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil*. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/337235375/licoes-preliminares-acerca-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 12 Jan. 2018.

QUEIROZ, Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico*. IBCcrim, nº 74, 1999.

_____. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Relatório do Sistema Carcerário do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://www.oabms.org/upload/documento/relatorio_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Receita Federal bate recorde em apreensões decorrentes de contrabando*. Disponível em:

<<http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2017/outubro/receita-federal-bate-recorde-em-apreensoes-decorrentes-de-contrabando-1/release-combate-ao-contrabando-prim-sem-2017.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

RIBEIRO, Aline; CÔRREA, Hudson. *O violento plano de expansão no Paraguai da maior facção brasileira*. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/06/o-violento-plano-de-expansao-no-paraguai-da-maior-facciao-brasileira.html>. Acesso em: 2 ago. 2018a.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTANA, Cecília Gomes de. *Os Direitos Fundamentais e as propostas para efetivação de um Direito Penal humanitário com base nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Isonomia*. Disponível em: <<https://ceciliagomesdesantana.jusbrasil.com.br/artigos/164461754/os-direitos-fundamentais-e-as-propostas-para-efetivacao-de-um-direito-penal-humanitario-com-base-nos-principios-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-isonomia>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

SANTELLI, Igor Henrique da Silva; BRITO, Antonio Guimarães. Da sociologia do desvio à criminologia crítica: os indígenas de Mato Grosso do Sul como outsiders. *Revista Ciências Sociais Unisinos*, v. 50, pp. 65-76, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SALIM, Alexandre Aranalde. *Direito penal do inimigo: análise de um paradigma contemporâneo de política criminal*. *Revista Direito em Debate*, ano XVII, nº 31, jan.-jun. 2009, pp. 84-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

_____. *Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCRIM São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 12, nº 47, 2004.

SCHERMA, Marcio Augusto. *As Políticas de Defesa e Segurança para as Fronteiras no Governo Lula e Dilma*. *Boletim de Economia e Política Internacional - BEPI*, n. 22, Jan./Abr. 2016, pp. 65-77.

_____. *As Fronteiras nas Relações Internacionais*. In: PRADO, Henrique Sartori de Almeida; ESPÓSITO NETO, Tomaz. *Fronteiras e Relações Internacionais*. Curitiba: Ithala, 2015, pp. 13-35.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas*. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2018.

SEMER, Marcelo. *Princípios Penais no Estado Democrático* – Coleção Para entender direito. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

_____. *O pior do grande encarceramento brasileiro é o que ainda está por vir*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/12/16/o-pior-do-grande-encarceramento-brasileiro-e-o-que-ainda-esta-por-vir/>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Lucas Soares e; HASSEN, Thiago Freitas. *Heranças da “Era da Sciencia”*: A seletividade penal disfarçada (1870-1938). Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/179/178>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

SILVA, Ricardo M; OLIVEIRA, Tito M. de (2008). *O mérito das cidades gêmeas nos espaços fronteiros*. Revista OÍDLES, Vol. 2, n. 5, Dezembro. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/oidles/05/msmo.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. *Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira>. Acesso em: 30 jan. 2019.

SOARES, Luiz Eduardo. *Justiça: Pensando alto sobre violência, crime e castigo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, Édson Belo Clemente de. *Por uma Cooperação Transfronteiriça: Algumas Contribuições para as Dinâmicas Territoriais da Fronteira Brasil-Paraguai*. Revista GeoPantanal, UFMS/AGB, Corumbá/MS, n. 15, pp. 63-78, jul./dez. 2013.

SOUZA, Carlos Cesar de.; GRANJA, Cícero Alexandre. *A Evolução Histórica dos Direitos Humanos no plano Internacional: doutrina e filosofia*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13722>. Acesso em 07 Nov. 2016.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. *“Punir menos, punir melhor”* – Discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6879>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SOUZA DE OLIVEIRA, Gisele et. al. *Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio. *Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

TIAGO, Pablo Reis Silva; SANTANA, Isael José. *Drogas e a contribuição para a Criminalidade*. Revista Colloquium Humanarum, vol. 9, n. Especial, jul–dez, 2012.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. *MS é o 2º Estado do país que mais prende nas audiências de custódia*. <<https://tjms.jusbrasil.com.br/noticias/491616431/ms-e-o-2o-estado-do-pais-que-mais-prende-nas-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

____. Audiência de custódia. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/intranet/secretarias/planejamento/audiencia-custodia/lista.php>. Acesso em: 01 de mar. 2019.

TUROLLO JR, Reynaldo. *Apreensões de crack disparam em conexão paraguaia do PCC*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1604387-apreensoes-de-crack-disparam-em-conexao-paraguaia-do-pcc.shtml>. Acesso em: 1 ago. 2018.

UNODC. *The Globalization of Crime: a transnational organized crime assessment*. 2010. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

VASCONCELOS FILHO, S. L. SISTEMA INTEGRADO DE MONITORAMENTO DE FRONTEIRAS (SISFRON): Uma contribuição para a Segurança Nacional. Monografia (Graduação em Altos Estudos de Política e Estratégia) - Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra, Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro. 2014.

VASCONCELOS JÚNIOR, Manoel Hermeto. Legalização da Maconha x Contrabando: Relação das Políticas de Legalização da Maconha com as Penas e ‘Modus Operandi’ do Crime de Contrabando. *(Re) Definições das Fronteiras: Velhos e Novos Paradigmas / Organização de Fernando J. Ludwig, Luciano S. Barros – Foz do Iguaçu: Editora Idesf, 2018, pp. 139-161.*

VEDANA, Thiago Eugênio. *A fronteira Brasil-Paraguai, problemas, e a situação hídrica, perspectivas para uma gestão contemporânea*. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/tev.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

VELASCO, Clara; D’ AGOSTINO Rosanne; REIS, Thiago (2015). *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

VIEGAS, Leandro Soares. *(Des)conformidade da punição estatal aos direitos humanos. O que precisamos para evoluir?* In: *Boletim Conteúdo Jurídico* n. 854. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj590731.pdf>>. pp. 340-355.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WAGNER, Carlos. *País-bandido: crime tipo exportação*. Porto Alegre: RBS Publicações, 2003.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Prisão preventiva não deve ter fins punitivos*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-19/prisao-preventiva-nao-fins-punitivos>>. Acesso em: 06 nov. de 2016.

_____. *A Indústria do encarceramento*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/08/a-industria-do-encarceramento/>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do Nada; quem são os traficantes de drogas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. *Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim, Vol. 126 (DEZEMBRO 2016). 25 p. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.126.10.PDF>. Acesso em: 10 mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. Vol. 1 (Coleção Saberes Críticos). São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação Jurídica Internacional e a Concessão de Exequatur*. 2010. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/32478>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *A dignidade da pessoa humana como princípio universal*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF>. Acesso em: 21 out. 2018.