

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 403

(ano VII)

(23/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



23/07/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O pagamento de custas no processo penal brasileiro](#)

ARTIGOS

23/07/2015 Alexandre Magno Nascimento de Andrade

» [Aristóteles: ética a nicômaco](#)

23/07/2015 Elenn Maína Pinheiro Félix

» [A moralidade no âmbito administrativo](#)

23/07/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [A "lamúria de pessoa detida" e a audiência de custódia - crônica de uma morte anunciada](#)

23/07/2015 Iann Moura de Oliveira da Silva

» [Análise histórica da autocomposição no Brasil e sua perspectiva com o advento do novo Código de Processo Civil](#)

23/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Tessituras ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Breves Apontamentos ao Decreto nº 4.297/2002](#)

O PAGAMENTO DE CUSTAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou o Procedimento de Controle Administrativo ao Conselho Nacional de Justiça com pedido de liminar, para suspender a cobrança de custas, não previstas em lei, para a prática de atos relativos às ações penais públicas no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, inclusive em requerimentos de liberdade.

O procedimento visa à declaração de nulidade do item 3 do Pronunciamento Técnico Circular 003-C/12, da Controladoria do Judiciário do Tribunal baiano. O ato exige o pagamento antecipado de

custas relativas a relaxamento de prisão, revogação de prisão preventiva, pedidos de liberdade provisória, de fiança, de restituição de coisa apreendida, entre outros. De acordo com a tabela de custas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia do ano de 2015, o valor a ser cobrado para cada ato elencado é de R\$ 127,02.

O jurisdicionado que pretender isenção do pagamento das custas deverá postular por assistência judiciária perante o juízo competente, fato que restringe o não pagamento aos necessitados. Para a Ordem do Advogados do Brasil, não há previsão constitucional para a exigência de pagamento de custas na ação penal pública, e sua cobrança antecipada é inconstitucional. Argumenta que tais exigências restringem o direito de acesso à justiça, do exercício da ampla defesa e do contraditório. Por isso, pede a suspensão ou, caso o Conselho Nacional de Justiça decida pela manutenção da cobrança, que seja realizada somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Segundo o Presidente da Ordem do Advogados do Brasil, Seção do Estado da Bahia, Dr. Luiz Viana Queiroz, *"não é razoável que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia submeta a pessoa que está presa ilegalmente ao pagamento de custas para requerer sua liberdade"*. Afirma que, nos termos do art. 5º, parágrafo LXV, da [Constituição Federal](#), *"a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária"*.

O Conselheiro Federal, Dr. Maurício Vasconcelos, de quem foi a iniciativa do Procedimento de Controle Administrativo, reforça a opinião: *"Tratando-se de um ato que deve ser praticado imediatamente pela*

autoridade judiciária, uma vez constatada a ilegalidade da prisão, não é admissível a exigência do pagamento de custas para o pedido de relaxamento, cujo único objetivo é levar ao conhecimento desta autoridade a ocorrência de uma prisão ilegal." [\[1\]](#)

Evidentemente, incabível é a exigência do ato normativo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, quase inacreditável, diga-se!

Aliás, sendo, em regra, pública a ação penal (e, portanto, tendo o Estado como o seu titular) e tendo em vista o direito à ampla defesa insculpido na Constituição Federal (o que impede qualquer ônus pecuniário imposto pelo Estado para exercê-la), só admitimos o pagamento de custas no processo penal brasileiro pelo querelante que tenha condições de arcar com as despesas processuais. Esta deve ser a interpretação dada aos arts. 803 a 806 do Código de Processo Penal, em uma interpretação conforme à Constituição Federal.

Como se sabe, a ampla defesa compõe-se da defesa técnica e da autodefesa. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

A propósito, veja-se a definição do jurista espanhol Miguel Fenech:

“Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes,

sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento – cuando se trata de la parte acusada – y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya”.

Para ele, diferencia-se esta autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional, “*que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo*”.[\[2\]](#)

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “(...) o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (“*rechtliches Gehör*”) e fere o princípio da

dignidade humana ["Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs."] (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11 18*).“ (HC 85294).

Ressalte-se que o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a sua defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: *“En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculgado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental”*.^[3]

Segundo Étienne Vergès, *“le défenseur (le plus souvent un avocat), occupe une place primordiale dans l’exercice des droits de la défense, Ainsi, l’article 6§3-c Conv. EDH permet à l’accusé (au sens large) de se défendre lui-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur de son choix.”*^[4]

É evidente que todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa, sendo imperioso destacar que o direito de defesa no Processo Penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade: *“Todo e qualquer réu, não importa a imputação, tem direito a efetiva defesa no processo penal (arts. 261 do CPP e 5.º, inciso LV da Carta Magna). O desempenho meramente formal do defensor, em*

postura praticamente contemplativa, caracteriza a insanável ausência de defesa (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).”^[5]

O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado. Aliás, sobre processo, já afirmou o mestre Calmon de Passos, não ser *“algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial.”*^[6]

Nesta mesma obra, o eminente processualista adverte que o *“devido processo constitucional jurisdicional (como ele prefere designar), para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir.”*^[7]

Certamente sem um processo penal efetivamente garantidor, não podemos imaginar vivermos em uma verdadeira democracia^[8]. Um texto processual penal deve trazer ínsita a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição de seus direitos previstos especialmente na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover, “o processo penal não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. (...) Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem.”^[9]

O Processo Penal é antes de tudo “um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado.” Para Alberto Binder, por meio do Processo Penal “procura-se evitar que o uso deste poder converta-se em um fato arbitrário. Seu objetivo é, essencialmente, proteger a liberdade e a dignidade da pessoa”^[10]

O saudoso Norberto Bobbio afirmava que os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”^[11] Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas

liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”^[12]

Assim, a norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal (que é indiscutível), tem a missão de tutelar aqueles direitos previstos nas constituições e nos tratados internacionais. Exatamente por isso, o processo penal de um País o identifica como uma democracia ou como um Estado totalitário.

Tornaghi com muitíssima propriedade já afirmava que *“a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”*, protegendo *“os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”^[13]*

Como dizia Frederico Marques, *“o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça. No processo penal, então, em que as formas processuais se destinam a garantir direitos imediatamente tutelados pela Constituição, das diretrizes políticas desta é que partem os postulados informadores da legislação e da sistematização doutrinária. Com razão afirmou Goldschmidt que a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais.”^[14]*

Não há dúvidas que todo o conjunto de garantias penais reconhecidas, defendidas e buscadas pelos penalistas *“quedaría*

incompleto si no fuese acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiário de las garantías procesales, expresadas por los principios que responden a nuestras dos últimas preguntas, 'cuándo' y 'cómo juzgar': la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba e el derecho del acusado a la defensa." [15]

Assim, por exemplo, ao Direito Penal mínimo corresponde um Direito Processual Penal garantidor.

Com efeito, o devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; todos estes direitos e garantias [16] estão estabelecidos taxativamente no texto constitucional.

Aliás, a “*doutrina é unânime em atribuir a origem da cláusula do devido processo legal ao art. 39 da Magna Carta, outorgada, em 1215, por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, identificando-a como a “law of the land”. A expressão “due processes of law” foi usada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra. Embora tivesse, originariamente, somente um sentido de luta de um grupo social, os barões, contra o poder do monarca, o alcance do devido processo foi sendo ampliado com o passar do tempo. Trazida para as colônias da América do Norte, embora não referida na Constituição dos Estados Unidos, foi consagrada nas Emendas V e XIV. Nesse país, o devido processo evoluiu de um caráter meramente formal para um substancial,*

ensejando o controle de constitucionalidade de leis, sempre que estas não respeitassem o substantive due process. Além disso, de uma concepção jusnaturalista, que entendia a garantia como um princípio universal, passou-se a uma compreensão do devido processo como um princípio histórico, consoante os valores sociais vigentes num determinado tempo e lugar.” [\[17\]](#)

Como ensina Alberto Binder, *“ninguém pode ficar indiferente em face da efetiva vigência destes direitos e garantias. Eles são o primeiro – e principal – escudo protetor da pessoa humana e o respeito a estas salvaguardas é o que diferencia o Direito – como direito protetor dos homens livres – das ordens próprias dos governos despóticos, por mais que estas sejam redigidas na linguagem das leis.”* [\[18\]](#)

Além do texto constitucional e do Código de Processo Penal, devemos nos referir aos pactos internacionais subscritos e adotados pelo nosso Direito Positivo.

Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos firmado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Governo brasileiro através do Decreto nº. 592/92, estabelece em suas cláusulas alguns preceitos garantidores e reveladores de um devido processo legal, assim como citado o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgado entre nós pelo Decreto nº. 678/92 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A propósito, Fábio Comparato ensina que *“a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa*

forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. (...) Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”[19]: é o chamado princípio da prevalência da norma mais favorável.[20]

Para encerrar, e bem a propósito, vejamos estes julgados:

“O pagamento de taxas ou custas judiciárias de qualquer natureza anteriormente à sentença transitada em julgado viola a ampla defesa. Ainda , condicionar as oitivas das testemunhas arroladas pela defesa, mesmo que através de cartas precatórias, ao pagamento prévio de qualquer tipo de custo ou eventuais despesas com diligências do oficial de justiça viola o princípio da isonomia, vez que as partes devem ser tratadas de maneira equânime. Não obstante, o código de processo penal é expresse quanto ao tema e estabelece como única exceção à não exigência do prévio pagamento de custas nos casos de ação penal privada. Constrangimento ilegal evidente. Ordem concedida para anular o processo que tramita em primeiro grau desde a decisão que deu por encerrada a instrução e determinar a expedição das cartas precatórias requeridas pela defesa, independentemente do recolhimento de taxas ou custas” (TJSP – 11ª C.- HC 993.07.109123-5- rel. Di Rissio Barbosa – j.13.08.2008).

“TRF da 4ª. Região - APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 2003.72.00.001141-8/SC - RELATOR: Juiz Federal Artur César de Souza – EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. NULIDADE. CUSTAS DA TRADUÇÃO DE CARTA ROGATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ESTRANGEIRO.1. A persecução penal e as custas dos respectivos serviços competem ao Estado-juiz, a quem, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, está assegurada a posterior restituição pela parte sucumbente.2. Havendo prejuízo comprovado para os réus, configura cerceamento de defesa a imposição de adiantamento do pagamento das despesas de carta rogatória para oitiva de testemunhas.”

*“(…) cabendo ao Estado-Juiz o direito de punir, mostra-se irrazoável atribuir ao sujeito passivo da **persecutio criminis** a antecipação do custo desse serviço.”* (Correição Parcial nº 2003.04.01.021657-2/RS).

“(…) não há interesse em adiantar o pagamento das despesas da carta rogatória, em função do ônus da sucumbência que ao final por ele poderá ser suportado”, implicando a medida contrária um “indevido empecilho à garantia da ampla defesa, constitucionalmente acautelada no art. 5º, inciso LV, da Magna Carta (...)” (TRF4, COR 2003.04.01.021657-2, Oitava Turma, Relator Élcio Pinheiro de Castro, publicado em 20/08/2003).

NOTAS:

- [1] <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223567,31047-OAB+pede+suspensao+de+cobrancas+de+custas+nao+previstas+em+lei+pelo>
- [2] Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457.
- [3] Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.
- [4] *Procédure Pénale*, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 42.
- [5] HABEAS CORPUS N.º 57.465-SC - Rel.: Min. Felix Fischer/5.ª Turma (STJ/DJU de 18/12/06, pág. 423).
- [6] *Direito, Poder, Justiça e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.
- [7] *Idem*, p. 69.
- [8] Apesar de que, como ensina Norberto Bobbio, “(...) *a Democracia perfeita até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto.*” (*Dicionário de Política*, Brasília: Universidade de Brasília, 10ª. ed., 1997, p. 329).
- [9] *Liberdades Públicas e Processo Penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1982, pp. 20 e 52.
- [10] *Introdução ao Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 25, na tradução de Fernando Zani.
- [11] Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 01.
- [12] *Idem*, p. 05.
- [13] *Compêndio de Processo Penal*, Tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

[14] José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.

[15] Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 537.

[16] O direito tem um caráter declaratório, enquanto a garantia tutela a sua efetividade. Ex.: o direito à liberdade vem garantido pelo **habeas corpus**.

[17] Luciana Russo, “*Devido processo legal e direito ao procedimento adequado*”, artigo publicado no jornal “[O Estado do Paraná](#)”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

[18] Introdução ao Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 43, na tradução de Fernando Zani.

[19] **Apud** Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

[20] “*Este princípio, perseguido pelo direito internacional geral, e vigorosamente defendido por setores da doutrina brasileira, parece não haver ganho, até o presente, expressiva concreção na jurisprudência brasileira, devendo ser lembrada a questão do depositário infiel.*” (Bahia, Saulo José Casali, Tratados Internacionais no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 116).

ARISTÓTELES: ÉTICA A NICÔMACO

ALEXANDRE MAGNO NASCIMENTO DE ANDRADE:
Advogado, ensino superior completo, bacharel em direito.
Candidato do Curso de Formação Inicial de Ingresso a
Carreira da Magistratura - Escola Superior da Magistratura
do Estado Maranhão - ESMAM - Tribunal de Justiça do
Maranhão.

RESUMO: Objetivo deste artigo é analisar da ética sob a visão do filósofo Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômica*. Sabermos qual era o pensamento naqueles dias e quais os reflexos disso nos dias de hoje. O papel da ética nos dias atuais e como podemos melhorar para vivermos numa sociedade mais justa e pacífica.

Palavras-chave: Aristóteles; Ética; Nicômica.

ABSTRACT: This article aims to analyze the ethical under the philosopher Aristotle in his vision of the *Ethics Nicômica* work. Knowing what was thought in those days and what the consequences of that today. The role of ethics in today and how we can improve to live in a more just and peaceful society.

Keywords: Aristotle; ethics; Nicômica.

1. INTRODUÇÃO

A *Ética a Nicômico* é considerada a melhor obra de Aristóteles, sendo escrita de uma forma mais amadurecida e quando se firmou como filósofo. Esta obra traz uma visão do homem e suas

relações consigo e com o próximo para uma melhor convivência social em busca da felicidade e vida plena para todos.

Esse trabalho visa estudar a obra desse grande autor, no intuito de tentar aplicar seus ensinamentos nos dias atuais, principalmente, no que tange a atuação do magistrado junto aos seus jurisdicionados, para que essa relação paute-se pelos princípios éticos e morais, e que juntos possam desenvolver os valores de toda uma sociedade que busca a felicidade plena

2. DESENVOLVIMENTO

A vida é uma eterna busca pela felicidade, mas para muito isso pode variar de acordo com seus desejos, crenças e valores. Cada pessoa nasce com aptidões próprias que podem leva-la a conseguir retirar o máximo de si próprio para ser feliz. Ocorre que algumas vezes a própria vida nos traz para outros caminhos que voluntariamente ou involuntariamente aceitamos em segui-lo.

Para isso devemos desenvolver nossas habilidades. Criarmos valores próprios, mas não absolutos, devendo levar em conta outras maneiras e estilos de vida pra só assim chegarmos ao nosso conceito de felicidade.

Um bom exemplo disso seria um bom juiz. Para aquele que estuda e se dedica, não basta a leitura de leis, para aplica-las ele tem que levar em conta outros fatores ligados ao caso concreto para só assim fazer a verdadeira justiça. O bom juiz ele se forma ao longo do seu exercício de vida de trabalho, e ele poderá conseguir chegar ao seu máximo e ser feliz no que faz.

Porém a maioria dos homens não pensam assim e escolhem ter uma vida contemplativa, sem muita ação para poder mudar e serem pessoas melhores e mais felizes. Outros escolhem ter uma vida politicamente mais ativa, elegendo alguns valores como bens supremos, seja honra ou qualquer outro bem q ele eleja como virtude para ser feliz. Alguns tantos, elegem escolhe riquezas e poderes, sem saber se de fato isso os faz felizes.

Para isso é preciso elegermos quais os bens são passíveis de ser valorados de forma que nos tragam a real felicidade. Esquecermos um pouco a quantidade e passamos a valorar a qualidade das coisas. Porém, isso vai variar de pessoa para pessoa de acordo com as suas prioridades e crenças.

A felicidade não está só nisso, está também nas pessoas e na maneiras em que as enxergamos e as valoramos na nossa vida. Ninguém é feliz sozinho e como seus próprios valores. Temos que ter a mente e o coração abertos para podermos ver a vida além de nos. Dessa forma vamos nos aproximando da felicidade plena.

Temos que aceitar a felicidade de forma simples. Um carpinteiro pode ser tão feliz quanto um médico, porque ele se realiza no que faz. Para quem de fato interessa, o seu estilo de vida é sinônimo de qualidade de vida e não ligada somente ao ter.

O homem é feito de virtudes, seja ela de uma forma que desenvolva sua inteligência ou de forma que crie a sua moral. A primeira pode ser construída pelo estudo ou qualquer método que o faça crescer

intelectualmente. Por sua vez, a segunda é feita por suas vivências e reações ao longo da vida.

“Dir-se-ia, além disso, que os homens buscam a honra para convencerem-se a si mesmos de que são bons. Como quer que seja, é pelos indivíduos de grande sabedoria prática que procuram ser honrados, e entre os que os conhecem e, ainda mais, em razão da sua virtude. Está claro, pois, que para eles, ao menos, a virtude é mais excelente. Poder-se-ia mesmo supor que a virtude, e não a honra, é a finalidade da vida política. Mas também ela parece ser de certo modo incompleta, porque pode acontecer que seja virtuoso quem está dormindo, quem leva uma vida inteira de inatividade, e, mais ainda, é ela compatível com os maiores sofrimentos e infortúnios. Ora, salvo quem queira sustentar a tese a todo custo, ninguém jamais considerará feliz um homem que vive de tal maneira.” (Vallandro; Bornheim, 1991, p. 9-10)

As experiências que passamos, seja elas boas ou ruins, são quem irão desenvolver nossas virtudes. Passamos por momentos de medo, onde só assim somos capazes de criar a coragem necessária para supera-lo.

Devemos sempre buscar os comportamentos mais prudentes e sensatos para nossos atos. O excesso por um lado é prejudicial pois

podemos cometer erros desnecessários e pagarmos um preço caro demais. Por outro lado, o descaso ou a deficiência do nosso comportamento, pode causar a ausência de ação para resolvermos problemas de ordem individual ou coletiva.

O ideal para tudo isso, é um comportamento meio-termo, onde por um lado é preciso conter o excesso e por outro dar ação para o descaso, porém é preciso buscarmos isso dentro de nós para só assim podermos viver melhor.

Para isso é preciso pesarmos as dores e os prazeres da vida. É claro que os prazeres são melhores e aqui é onde está o perigo dos excessos. As paixões nos leva aos dois, tanto a prazeres, como dores, mas com isso nos tornamos mais fortes e temperantes para sabermos controlar nossas vontades em experiências futuras.

Não podemos consideram que um homem vai ser bom, nem mau por suas paixões, mas sim tentar formar nosso juízo de valor por virtudes, seu equilíbrio em resolver das maneira mais equilibrada suas relações, pois de um jeito ou de outro o homem é bom e de outro mau.

É difícil colocar isso em pratica, já que o meio-termo nem sempre é suficiente para resolver a relação, devendo assim, sermos as vezes agir com mais excesso e outras com mais descaso para chegar a solução correta e prudente.

A virtude moral é baseado no meio-termo e este é o equilíbrio entre o excesso e a deficiência. Temos que tentar todos os dias buscar isso, para só assim não irmos aos extremos nas nossas relações particulares nem coletivas.

Para isso é difícil controlar e saber como e até que ponto o homem é livre para agir sem sofrer qualquer repreensão. A comportamento vai variar de acordo com o sentido de cada um e de quem vai perceber essa maneira de agir.

Com relação aos nossos atos, temos sempre que pesar se são voluntários ou involuntários. Na maioria das vezes esses atos podem ser envolvidos de paixões que podem comprometer de certa forma a real intenção do agente.

Os atos voluntários, são mais fáceis de serem reprimidos, pois o a gente tem consciência do q faz e pode ser responsabilizado por ele. Já os atos involuntários, são difíceis de sofrer sanção, pois a falta de consciência impede a responsabilidade de quem comete, já que a ignorância é patente.

A escolha e o desejo estão diretamente ligados aos comportamentos voluntários. Ocorre que alguns vezes nossos comportamentos mesmo q voluntários, são reflexos de obrigatoriedades, já que as leis e alguns padrões sociais nos exigem determinados comportamentos.

Aqui surge a deliberação ou escolha de podermos fazermos ou não algumas coisas. Essas escolhas são as que podem ser feitas e estão ao nosso alcance dentro das possibilidades de cada um, pois sempre estamos na busca do nosso bem estar.

Esse comportamento ou escolhas são atos voluntários, com a finalidade de chegarmos no que desejamos. Esse caminho pode ser bom

ou ruim e a depender do que escolhermos vamos responder por isso, baseado nos princípios e ações que valoramos.

Aqui voltamos a falar de meio-termo, onde a coragem é vista como tal, se comparamos com o medo e a confiança. É normal que o homem sintas esses extremos. Porém quando temos medo, somos ausentes em nosso deveres. Por outro lado, quando somos confiantes, chegamos ao excesso de agir que pode não ser bom no final.

Existem vários tipos de coragem, como a do soldado, a experiência, a paixão, o pensamento otimista, mas nenhuma deles é completa e absoluta. Devemos usar cada tipo de acordo com cada momento, é aí teremos resultados prazerosos ou dolorosos.

A bravura é sem dúvida um ato de força e vontade daquele que busca se superar como ser humano, devendo assim enfrenta-la de frete e sem temer qualquer consequência negativa para sua vida.

A temperança pode ser elencada também como forma de meio-termo para os atos voluntários. Essa medida justa é exatamente o que dá equilíbrio as relações humanas. Um homem prudente agi com mais calma e pensa melhor sobre seus comportamentos e os futuros reflexos desde, seja na sua esfera particular ou social.

Isso é o que nos diferencia dos animais. Estes agem por instinto é sem qualquer temperança, gerando assim atos pelos quais não podem ser responsabilizados já que são involuntários. O homem é o único ser capaz de deter essa virtude.

O outro lado da moeda é a intemperança , onde o homem agi involuntariamente e deve responder por seus atos, aproximando-se dos

animais e podendo causa danos sérios para sua vida e a sociedade. Ela também pode ser usada para as crianças e pessoas que não tem consciência de seus atos.

“A temperança e a coragem, pois, são destruídas pelo excesso e pela falta, e preservadas pela mediania. Mas não só as causas e fontes de sua geração e crescimento são as mesmas que as de seu perecimento, como também é a mesma esfera de sua atualização. Isto também é verdadeiro das coisas mais evidentes aos sentidos, como a força, por exemplo: ela é produzida pela ingestão de grande quantidade de alimento e por um exercício intenso, e quem mais está em condições de fazer isso é o homem forte. O mesmo ocorre com as virtudes: tornamo-nos temperantes abstando-nos de prazeres, e é depois de nos tornarmos tais que somos mais capazes dessa abstenção. E igualmente no que toca à coragem, pois é habituando-nos a desprezar e arrostar coisas terríveis que nos tornamos bravos, e depois de nos tornarmos tais, somos mais capazes de lhes fazer frente.”
(Vallandro; Bornheim, 1991, p. 32)

A liberalidade elencada também como uma virtude é mais um meio-termo de equilíbrio. Através dela o homem pode conseguir seus objetos e prazeres na vida. Uma dessas forma é pelo dinheiro. Esse pode

proporcionar prazeres incríveis. Porém, o excesso causado pela avareza pode tomar a pessoa pródigo e chegar ao excesso de seus gastos, causando danos para ele e os que dependem dele.

Por outro lado existe o homem magnificante, ou seja, é aquele que dá sentido prático e honrado para o dinheiro, gastando esse de forma consciente e prazerosa para que não chegue a nenhum excesso. É um gasto não só para si, mas também social.

O homem com essa magnitude não se realiza com coisas pequenas, mas sim com coisas grandes. Ele não perde tempo com miudezas nem com coisas que não o tragam prazer e grandezas. Ele sempre foca no macro e sabe usar o dinheiro de forma consciente para isso.

O justo orgulho ou respeito próprio como preferir, eleva a honra do homem no sentido de fazer desde uma grande pessoa. Aquele que pensa pequeno e atua como humilde, tira de si mesmo o que merece.

Existe ainda o anônimo que é conhecido como o meio-termo entre a ambição e a desambição. Para esse homem o peso da honra é maior que tudo que possa desejar e luta para preservar da melhor maneira possível.

A calma também faz parte do equilíbrio para chegarmos ao meio-termo. As pessoas que estão contaminadas por alguma raiva, ódio ou rancor, não conseguem agir de forma conscientes porque estão focando em coisas menores.

A jactância ou seja aquela busca pela verdade ou falsidade sobre as coisas pode variar de acordo com cada homem e o objetivo que

ele visa usar essas informações. O homem verdadeiro é aquele ético em seus comportamentos sócias, já por sua vez o homem mentiroso não tem escrúpulos e usa a mentira da maneira quem bem lhe convém.

Escutar também é uma virtude. Saber ouvir mais que falar, deve ser um exercício diário na vida. Aqui existem os excesso e as deficiências para se chegar ao meio-termo. Fazer brincadeiras pode ser um excesso, mas se calar e não dizer nada cria a deficiência e apatia.

Saber o que falar e na hora certa de falar pode fazer do homem uma pessoas agradável e simpática aos olhos e ouvidos de quem presencia.

A vergonha não pode ser considera uma virtude, pois ela está diretamente ligada a deficiência no comportamento humano. Porém, não podemos julgar nem dizer que uma pessoa é mau só porque ela é tímida. É preciso estimular o homem a falar e ter atitudes para chegarmos ao meio-termo.

A justiça é uma virtude. Ela pode ser vista não só pela aplicação das leis, mas também pelas relações que não existe qualquer regulamentação. A justiça é buscar o bem social e de todos para assim construir uma sociedade pacífica e harmônica. Por outro lado existe a injustiça que é a não respeito às leis e as normas de conduta.

Ela é efetivada pelo homem probo e honesto que cumpre seus deveres sociais e éticos. A justiça também tem um enfoque particular, conhecida como autotutela, porem esta não é mais aceita nos dias atuais.

O Homem que não cumpre com esses deveres é improbo e deve sofrer as censuras corretas para que não volte a cometer os mesmos erros.

O comportamento justo envolve o uso da proporção quando em alguns casos é necessário escolher o mais correto, pois se der só para um vai faltar para o outro. Usando de bom senso e proporcionalidade é possível chegar ao meio-termo que é dito como ideal.

A transação é considerada uma forma de justiça igualitário, onde exige uma aproximação das partes para que interagindo da maneira correta, ambas abram mão de alguma coisa em prol do bem comum de todos. Aqui não existe uma decisão propriamente dita de um terceiro, já que são as partes que decidem.

A reciprocidade por sua vez, não é considerado como uma justiça corretiva, pois algumas vezes chega a cometer excessos que podem ser injustos, mesmo que a intenção seja outra.

A figura do magistrado é importante para aplicação da justiça. Este tem parte do poder do Estado para solucionar os conflitos e aplicar a lei ao caso concreto. As vezes o injusto aos olhos de quem não faz parte da justiça, está errado, mas de fato para aplicar o direito de forma correta, é preciso ter imparcialidade e não se deixar levar por fatores externos.

A justiça pode ser vista de forma legal e natural. A primeira consiste na forma de justiça elaborada de acordo com o tempo e o espaço que foi elaborada, variando de lugar para lugar. A segunda é

aquela universal, que é vista da mesma forma em qualquer tempo e lugar.

Temos a equidade como forma de justiça. Consiste em tornar justa algo que não existe regulamentação no caso concreto. Alguns ordenamentos trazem o uso da equidade condicionada em certas situações previstas em lei, enquanto outros tem a equidade como um direito universal que pode ser utilizada sempre que for necessário.

Tenhamos por exemplo o caso de elaboração de uma lei. Ela muitas vezes é legal porque respeitou todo procedimento legislativo, porém não é legítima, pois foi elaborada para privilegiar determinadas parcelas ou grupos sociais.

A equidade vem para fazer justamente essa igualdade. Aproximar aqueles esquecidos no momento da elaboração da lei e que estes possam ser também sujeitos de direito.

“O assunto que se segue é a equidade e o equitativo(τῆςπιεΐσεως) e respectivas relações com a justiça e o justo. Porquanto essas coisas não parecem ser absolutamente idênticas nem diferir genericamente entre si; e, embora louvemos por vezes o equitativo e o homem equitativo (e até aplicamos esse termo como expressão laudatória a exemplo de outras virtudes, significando por *στεινόν* que uma coisa é melhor), em outras ocasiões, pensando bem, nos parece estranho que o equitativo, embora não se identifique com o justo,

seja digno de louvor; porque, se o justo e o eqüitativo são diferentes, um deles não é bom; e, se são ambos bons, têm de ser a mesma coisa.”
(Vallandro; Bornheim, 1991, p. 119)

E quando o homem pratica uma injustiça contra ele mesmo? Estaria de fato agindo errado? Sabemos que o homem é livre e que tem autonomia sobre seus próprios atos. De fato ele tem, em parte, autonomia para consigo, mas em outras tantas, o próprio Estado proíbe de alguns comportamentos que possam ser ruins.

Sendo assim, podemos afirmar que essa autonomia não é por completo, devendo ele respeitar certas normas de conduta, mesmo agindo contra si próprio.

Saindo do campo da justiça e voltando para as virtudes, vamos falar agora sobre a capacidade intelectual.

Sabemos que o homem é um ser em constante crescimento, e para isso, pode desenvolver suas habilidades de várias formas, como por exemplo o estudo. O processo de aprendizagem deve ser constante para desenvolver o intelecto.

O homem que estuda e se desenvolve tem melhores condições de escolhas na vida, pois torna-se capaz de tomar decisões com maior sabedoria.

Existe a sabedoria prática e a sabedoria intelectual ou filosófica. A primeira é desenvolvida através de experiências vividas pelo

homem ao longo da vida. A segunda é como esse homem se desenvolve pelo estudo, acumulando conhecimentos.

Sendo assim, ele pode desenvolver suas capacidades de agir e produzir. A capacidade de agir é aqui de estudar, ter pensamentos criar teorias sobre determinadas matérias. A de produzir é justamente a de colocar na pratica a criação dessas ideias.

A sabedoria pratica é o pensamento de uma boa qualidade de vida e não de apenas alguns momentos. É o pensamento que pode ser feito de maneira para o longa de toda uma vida e não só para parte dela.

Depende do homem, saber e limitar o quanto deseja desenvolver essas sabedoria, pois ele pode muito bem decidir não fazer nada e ficar sem saber o que poderia ter acontecido. É tudo uma questão de escolha. Para isso ele precisa de outras virtudes como a temperança para poder se desenvolver melhor.

Uma não está dissociada da outra. Tanto a sabedoria pratica como a intelectual deve ser desenvolvidas juntas para só assim chegarmos ao máximo na elaboração de cada coisa.

Existe um outro lado do homem chamado discernimento. É quando o homem passa a ter consciência da sua condição humana de forma que possa facilitar suas decisões pessoais e para com os outros.

Isso faz parte do seu crescimento pessoal e das coisas boas e ruins que aprende ao longo da vida. São conhecidos como juízes humanos, pois tem um cunho equitativo para com suas escolhas e comportamentos.

O homem deve ter sabedoria pratica para poder viver de forma ética e civilizada na sociedade. Deixar um pouco de lado o caráter exclusivamente moral e pensar no coletivo. Para que esta se desenvolva de forma correta, é preciso que ele viva de forma sadia e respeitando as leis.

A sabedoria pratica tem relação direta com a habilidade. Quando nascemos somos despidos de qualquer tipo de sabedoria ou experiências de vida. Com o passar dos anos estas começam a ser vividas e vamos nos desenvolvendo melhor.

As qualidades e defeitos que temos são reflexos de nossas sabedoria pratica. Precisamos do outros para poder vivermos. Não é possível uma boa formação de sabedoria pratica sozinho.

As relações humanas precisam ser vividas de forma plena, desde que respeitadas as leis e normas de conduta. Um homem que vive sozinho não é capaz de se desenvolver de forma completa e equilibrada.

A arte é também uma das virtudes intelectuais. Esta consiste na capacidade de produzir alguma coisa. Ela pode ser desenvolvida de acordo com o tempo e os espaço que cada cidadão vive. O foco dela é a produção e não agir, variando com a natureza e o interessa das necessidades.

Vamos falar agora sobre a continência e a incontinência do homem.

Como é cediço, o homem vive cercado por sentimento. Paixões que podem influenciar de forma voluntario ou involuntária no

seu comportamento. Para isso, é preciso que o homem saiba conter esses comportamentos afim de evitar o cometimento de algum excesso.

A continência é uma dessas forma de virtude e controle de comportamento. É por ela que o homem consegue respeitar seus limites na busca por prazeres seja corporal ou material. A incontinência por sua vez, é a quebra do equilíbrio, onde o homem se rende a esses prazeres, cometendo excesso no seu comportamento e devendo sofrer a censura correta.

A fortaleza faz parte da continência e é desenvolvida ao longo da vida. O homem não nasce pronto, mas vai se formando com temperança e paciência.

Os homens incontinentes, são tidos como brutos e arrogantes, na medida em que não conseguem controlar suas emoções. São movidos pelo impulso e na maioria das vezes agem involuntariamente impulsionados por paixões e prazeres.

A educação é um dos fatores que influenciam no crescimento, seja ela de forma familiar ou intelectual. O caráter é formado na infância a partir dos exemplos que vemos dos mais velhos e isso, pode influenciar na formação de um adulto incontinente.

O caráter é uma qualidade que varia de pessoa para pessoa. Nossa formação é feita pelas nossas experiências vividas. O conceito de justo e injusto para quem tem ou não tem caráter é variável, já que para aqueles que tem uma formação onde os excessos são a regra, não se sentem moralmente merecedores de qualquer forma de censura.

Passamos a analisar agora a amizade. Esta pode ser vista de várias maneiras a depender do que ponto tomamos como referencial. O certo é que o homem não pode viver sozinho e precisa de amigos ao longo da vida, não só para crescer como pessoa, mas para dividir momentos.

A amizade pode surgir pelo amor, seja ele entre homem e mulher, pais e filhos, ou por outros interesses não estejam ligados a qualquer tipo de sentimento, como o interesse financeiro e social que alguns tem.

O mais como é ver a amizade surgir de interesses comuns, seja por afinidade com gostos musicais, esportes, lazer, etc. Porém ela pode surgir por motivos de necessidade, onde pessoas nunca se viram, por determinando dificuldades se aproximam e seguem juntas até o fim da vida.

A amizade entre pais e filhos é um pouco diferente, pois existe um elo de sangue e parentesco muito grande, além de todo vínculo amoroso e familiar, mas nem por isso podemos deixar de aceitar como amigos.

“Mas existe outra espécie de amizade, a saber, a que envolve uma desigualdade entre as partes, como a de pai para filho e, em geral, de mais velho para mais jovem, a de marido para mulher e, em geral, de governante para súdito. E essas amizades diferem também umas das outras, pois a que existe entre pais e filhos não é a mesma que entre

governantes e súditos, nem a amizade de pai para filho é a mesma que a de filho para pai, como a de marido para mulher não é a mesma que a de mulher para marido. Com efeito, a virtude e a função de cada uma dessas pessoas são diferentes, e por isso também diferem as suas razões para amar; e outra consequência do mesmo fato é que amor e amizade diferem igualmente um do outro.” (Vallandro; Bornheim, 1991, p. 180)

A amizade entre os jovens já é um pouco mais frívola e as vezes passageiras. Estes se aproximam por interesses de festas ou lazer, porem podem ser feitas amizades que durem ao longo de toda vida.

Existe também a inimizade, onde pessoas que em algum tempo foram bem próximas e chegaram a dividir momentos de alegria e dor, tornam-se distantes e se afastam, seja por brigas ou por circunstância da vida que os distanciam.

A amizade é vista também como uma forma de prazer. A partir dela é possível dividir os momentos especiais de nossas vidas. Apesar e tantos outros serem tristes, mas a verdadeira amizade prevalece a isso.

Não podemos deixar de falar da influência do dinheiro sobre a ela. Existem amizades onde o verdadeiro sentido do que é bom, é na verdade sinônimo de dinheiros e posição social. Pessoas que se aproximam de nós para usufruir de prazeres corporais ou matérias, e quando tudo isso passa ou diminuem as amizades se acabam como por, como se nunca tivéssemos tido qualquer vínculo.

O homem bom é aquele que procura fazer o bem para si mesmo. Esse é um dos fatores que também ligam os homens a fazerem elos de amizades. Ele quando sente amor de verdade por um amigo, deseja que aquele passe a ter as mesmas coisas q ele.

Na pratica isso, é difícil, pois nos dias atuais onde vivemos num mundo onde o ter vale mais que o ser, a amizade fica um pouco em segundo plano frente aos interesses individuais de cada um

A visão egoísta e centrada, quando não acaba com as amizades põem as pessoas em situações de escolhas e terminam escolhendo o individual frente ao coletivo. São raros os exemplos de pessoas que se sacrificam ou deixam de ter alguma coisa para que um amigo possa ter antes.

O ideal para isso é que o homem passasse a ver o outro como parte de si e não como um concorrente ou coisa do tipo, sem que sentisse ameaçado para poder ter uma vida mais fraterna e solidaria.

O maior e melhor exemplo disso é o amor de uma mãe para com seu filho. Esse amor é incondicional e para alguns chega a ser considerado até divino, pois não existe qualquer forma de medo, ódio, rancor, ou sentimentos ruins e negativos. Esse amor é pleno e porque não dizer infinito, já que a mãe é capaz de sacrificar a mesma a sua vida para salvar a de seu filho quando em algum momento de risco.

O bem estar e uma vida boa pode ter por base viver de modo solidário e verdadeiro. Um homem que passa pela vida sem fazer amigos, dedicando-se apenas interesses e negócios, sem sentir o amor fraternal,

não viveu e nem terá o que contar para seus filhos e netos, pois teve uma vida em branco.

É preciso que o homem saia de se mesmo e se abra para o mundo e as oportunidade que existem. Viver isolado e sem amigos não faz bem para ninguém.

A busca da vida ideal é de todos nos. O homem nasce e a partir dos seus primeiros anos de vida passa a formar uma consciência sobre o que é bom e o que é ruim. É evidente que existem fatores que podem contribuir para isso, como educação, família, e religião.

Ao passo que os anos passam o homem, passa a ver que tudo isso se resume a uma só palavra: felicidade.

A felicidade não está apenas no ter, mas principalmente no ser. É preciso cuidar não só do corpo, mas também da mente, para termos uma vida plena e saudável.

Vemos todos os dias pessoas se sacrificando, perdendo noites e mais noites de sono em busca de uma felicidade que se resume a juntar dinheiro e ter poder. É claro que essas coisas podem te dar uma melhor condição de vida, mas será que tudo isso não é reflexo do que jeito de vida que temos? Será que uma vida com menos não seria mais bem vivida?

O corpo muitas vezes é quem sofre. Vemos pessoas com a saúde física e mental abalada por causa de estresses e tomando diariamente remédios para sobreviverem e gozarem do que juntaram, mas e se não tiver tempo para isso? Se não houver saúde para tanto que foi adquirido?

É preciso termos uma consciência social. Não vivemos sozinhos e para aqueles que tem tanto, podem dividir com quem não tem ou pouco tem. Existem trabalhos sociais e voluntários que só carentes não só de recursos financeiros, mas de pessoas que possam se dedicar em dar amor ao próximo.

A vida deve ser contemplada e para isso deve ser vivida e não sobrevivida. A autossuficiência é uma coisa ruim e não aproxima as pessoas da realidade humana. É preciso saímos de nos mesmo para encontramos outras formas de felicidade com os outros, em lugares e momentos diferentes.

Podemos fazer o bem, sem querer ser reconhecidos por isso. Uma ação moral de nos mesmo nos policiando a cada dia para buscarmos o que realmente faz sentido e é bom deve ser algo constante no nosso dia a dia.

Todos nós temos virtudes e podemos sempre melhora-las para nossa vida e para aquelas que estão ao nosso redor.

Existem aqueles que acreditam que a felicidade não está somente no plano terreno. A religiosidade é algo além de nós e pode ser vivida aqui, deixando o homem a condição humana e sendo feliz pela fé.

3. CONCLUSÃO

A Ética a Nicômaco de Aristóteles me fez ter a consciência que o comportamento humano deve ser primado de vários comportamentos, não só do homem com ele mesmo, mas também com os outros para uma melhor convivência social e feliz.

Pode perceber que existem dois mundos, ou seja o do estudo ou ciência e o mundo da prática ou vivências e experiências humanas. Qualquer desses comportamentos deve ser analisado sob o ponto de vista ético.

Existem o lado das virtudes como as morais por exemplo a coragem, temperança, a liberdade, a magnificência, o ânimo, a calma e outras elencadas ao longo do trabalho aqui desenvolvido, como também as virtudes intelectuais, como o conhecimento, a sabedoria, e a arte, que todas só são adquiridas ao longo da vida e das experiências que vivemos.

O nosso comportamento moral influencia diretamente nas nossas responsabilidades. Uma ação consciente e voluntária é passível de uma censura reprovável. Enquanto um comportamento inconsciente e irresponsável, não existe moralidade que o reprove, já que o homem não tinha noção do que estava fazendo.

A busca pelo ideal de felicidade ficou evidente ao decorrer de toda obra. Ela não está em cada um de nós, mas só isso não é suficiente para atingirmos o seu ideal de plenitude. Temos que sair, buscarmos na vida e nas pessoas essa felicidade. Os prazeres e as dores da vida devem ser vistos de maneira que possamos encontrar o meio-termo para uma vida equilibrada e com valores honestos.

O valor e o quanto faz bem a amizade verdadeira. Que a verdadeira riqueza humana não está no ter, mas no ser e para isso temos que viver. O desejar bem para si deve ser para o outro da mesma forma. O amor que envolve as relações humanas deve ser pleno, seja nos bons ou maus momentos.

As ações humanas estão voltadas para a felicidade. O homem vede agir sempre de forma justa e boa, respeitando os direitos dos outros para preservar a paz social.

Tudo na vida deve existir o meio-termo para assim na cometermos injustiças. A vida deve ser encarada como plenitude, sabermos que os excessos e as deficiências não são bons porque nos impede de chegarmos ao melhor de nós e que para isso devemos nos esforçar diariamente na busca dessa medida equilibrada, desenvolvendo nossas virtudes como paciência, prudência e consciência.

Fazendo um paralelo nos dias de hoje com a visão do magistrado, podemos ter uma visão ética de maior especificidade.

A partir do momento que o magistrado como agente político transformador tem o poder legítimo do estado para regular as relações sociais, é dever desse começar dando o exemplo.

O juiz dos dias de hoje deve respeitar o seu código de ética não deixar este como letra morta. Tem que chegar no horário e cumprir suas metas. Tratar as partes com urbanidade e respeito é um dever mínimo que cabe a cada servidor.

A prudência e a paciência deve fazer parte do dia a dia do juiz. Nas suas decisões o magistrado deve levar em conta ao proferir suas decisões o caso em concreto. Não é possível nos dias de hoje a aplicação fria da lei. Deve o magistrado sair desse silogismo e aplicar a razoabilidade nas suas decisões.

REFERÊNCIAS

OS PENSADORES, ARISTOTELES, **Ética a Nicômaco, Poética**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, Ed. Nova Cultural, 4 edição, São Paulo, 1991.

A MORALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

ELENN MAÍNA PINHEIRO FÉLIX: Acadêmica da Universidade Federal do Maranhão- UFMA do Curso de Direito.

RESUMO: Análise sobre a moralidade consubstanciada nas divergências doutrinárias referentes às concepções de moralidade comum e moralidade administrativa e a Lei 9.874/99. Assevera que não há como existir um Direito puramente legalista ou imparcial, mesmo sendo um ramo autônomo e diferente da moral suas fundamentações acabam sendo embasadas e tendo um teor ético, contudo deve-se sempre ressaltar o devido processo legal. Corrobora em entender o papel do agente público e da Emenda Constitucional 45 de 8.12.2004. Além desses pontos, são analisadas as legislações infraconstitucionais e as jurisprudências brasileiras.

Palavras- chaves: Moralidade, Administração Pública, Princípio da Legalidade.

1 INTRODUÇÃO

A moralidade em sua essência é vista com um aspecto abstrato, já que se refere em linhas gerais aos bons costumes. Muito se fala em um meio jurídico imparcial, contudo deve-se lembrar que os operadores do direito por mais que tenham essa “imparcialidade” carregam consigo valores, ideais, e opiniões formuladas ao longo do contexto histórico em que estavam ou estão inseridos.

No que tange ao Direito Administrativo, a moralidade é de suma importância já que é um meio e validade aos atos praticados pela Administração Pública, distinguindo-se da moral comum uma vez que trata da conduta interna do agente público. Não restam dúvidas que a moral está ligada aos princípios da

legalidade e da finalidade. A lei 9.784/99, art 2º, parágrafo único, IV assevera a atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro, e boa-fé.

Outra questão que marca a moralidade no ramo da Administração Pública, é que o agente público dever agir de acordo com os ditames da lei, se fizer o contrário estará indo contra o princípio da legalidade, dessa forma será enquadrado na improbidade administrativa.

Não só substanciada na Constituição Federal, a moralidade está descrita no Decreto 6.029 de 01/01/2007 referente ao Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal e o Decreto 1.171 de 22/06/1994 sobre o Código de Ética Profissional do Servidor Público.

Ainda sim, serão analisados casos referentes à jurisprudência brasileira que aglutinam por vezes a legalidade com a moralidade ou afastam tal perspectiva.

2-DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE AS CONCEPÇÕES DE MORALIDADE COMUM E MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI 9.874/99

O termo moralidade é dotado de um aspecto abstrato, associado muitas vezes com o que é certo deriva do latim “*morale*” referente aos bons costumes. A moral sempre esteve presente ao se discutir o sistema do Direito, principalmente pelos jusnaturalistas e positivistas que sabiam que o Direito sofria influências do campo externo.

Não há como falar em um Direito simplesmente legalista ou imparcial, já que este surge como meio apaziguador dos conflitos existentes na sociedade, seu sistema é cognitivamente aberto e operativamente fechado.

Mesmo autônomo e sendo um sistema diferente da moral, suas fundamentações éticas e jurídicas podem coincidir, e devido a demanda da sociedade, tornarem a fazer parte do escopo jurídico, porém isso só vai ser possível mediante o devido processo legal.

Segundo Hely Lopes, no pensamento de Hauriou, a moralidade administrativa é de extrema importância porque serve de pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública, enquanto a moral comum versa sobre uma

conduta externa, a moral administrativa deveria ser chamada de moral jurídica referente à conduta interna do agente público.

É da natureza do homem ao agir fazer um juízo de valoração, entre o Bem e o Mal, o honesto do desonesto, o agente público não pode desprezar as prerrogativas éticas da sua conduta, não basta apenas decidir entre o que a lei permite e o que a lei veta, o justo e o injusto, mas também os princípios morais da instituição.

Segundo Welter a moralidade administrativa se difere da comum por ser composta de regras da boa administração com a idéia geral de administração e de função administrativa, onde para exercer o poder discricionário o superior hierárquico deve impor limites aos seus subordinados. Ademais a moralidade está ligada aos princípios da legalidade e da finalidade.

Juarez Freitas fomenta a autonomia do princípio da moralidade:

“No tangente ao princípio da moralidade, por mais que tentem assimila-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm, pretendeu conferir autonomia jurídica ao princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. “

Para Lucas Furtado, o princípio da moralidade constitui um dos mais complexos princípios de conceituação, porque ao mesmo tempo que não se confunde com a moralidade comum, seus padrões éticos devem ser observados, porém um não define o outro.

Tendo em vista tal posicionamento, a melhor maneira de tentar descrevê-lo é buscar na legislação a tipificação de condutas que versem sobre a moralidade. A lei 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, IV menciona que “atuação

segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa- fé.” Não nos resta d vida tratar da moralidade, mesmo que comparada com a boa-fé (Direito Privado), vista como modelo de conduta social, em que cada pessoa deve ser honesto.

3-EMENDA CONSTITUCIONAL 45 DE 8.12.2004

A Emenda Constitucional 45 do 8.12.2004, publicada em 31.12.2004, refere-se   Reforma do judiciário e das demais institui es de justiça, que ocorreu para tentar dar aos processos maior celeridade e qualidade na sua presta o jurisdicional.

Um de seus maiores ganhos condiz com os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral, o critério da transcendência e dos recursos repetitivos que passaram a ser efetivados no âmbito jurídico.

O artigo 102 da Constitui o Federal de 1988 configura como competência do Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar originalmente a a o direta de inconstitucionalidade (ADI) de lei ou ato normativo federal ou estadual e a a o declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal. No seu   2  atribuía o caráter vinculante as decisões a nível de a o declaratória de inconstitucionalidade, porém a EC/45 ampliou o alcance às a es diretas de inconstitucionalidade.

O efeito vinculante seria aplicável aos órgãos do Poder Judiciário e   Administra o Pública direta e indireta, *in verbis*, no seu artigo 102:

Art. 102 – (...)

  2  As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas a es diretas de constitucionalidade e nas a es declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e   administra o pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

A Emenda Constitucional ainda prevê que o ato administrativo não pode contrariar súmula ou indevidamente utilizá-la, sob pena do ato ser considerado nulo podendo a nulidade ser declarada pelo STF, conforme o artigo 103-A da emenda:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

O administrador público deve agir conforme a lei regulamenta, consubstanciando no princípio da moralidade administrativa não deve contrariar o efeito vinculante, se o fizer há uma afronta ao princípio da legalidade, e salvo erro escusável, serão enquadrados na improbidade administrativa.

4-LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DECRETO 6.029, DE 1.1.2007-SISTEMA DE GESTÃO DA ÉTICA DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DECRETO 1.171, DE 22.6.94-CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL

O princípio da moralidade não encontra legalidade apenas na Constituição Federal, mas há nas legislações infraconstitucionais

A Administração em sentido estrito é caracterizada pela produção de atos administrativos próprios, logo, a função do executivo por vezes é a principal na manutenção da ordem e organização administrativa. A moralidade como o Decreto 6.029 de 01/01/2007 referente ao Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal e o Decreto 1.171 de 22/06/1994 sobre o Código de Ética Profissional do Servidor Público. Os conceitos éticos devem ser os pioneiros na função e cargo público de quem as exerce.

O Sistema de Gestão Ética é formado por uma comissão ética pública, com sete brasileiros que preencham os requisitos de idoneidade moral, reputação ilibada e notória experiência em administração pública, designados pelo Presidente da República, para mandatos de três anos, não coincidentes, permitida uma única recondução.

Com funções consultivas, dirimir dúvidas nos casos de interpretação de suas normas e de omissão, recomendar, avaliar e acompanhar as decisões que estão sendo tomadas.

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Federal também é formado por uma comissão ética formada por três servidores ou empregados titulares em cargo efetivo ou emprego permanente, a comissão tem a finalidade de ter os registros sobre as condutas dos servidores ao órgão responsáveis pelas promoções e planos de carreiras.

Caso haja condutas contrárias ao zelo, dignidade, decoro, eficiência e primazia dos princípios morais a comissão pode assinar um termo com todos os integrantes cabível de censura. O servidor, portanto, deve ser justo, leal, honesto, conveniente e oportuno, já que a moralidade administrativa tem como objetivo maior o bem comum.

A ética pessoal e a profissional devem ser aglutinadas sob o mesmo ponto de vista, o servidor deve trazer consigo seus conceitos morais, deve obedecer os hierárquicos superiores, fazer a prestação de contas e seus atos devem ser públicos e dotados de eficiência e publicidade, tendo assim, um aspecto de transparência.

5- JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRAS

A autora Germana de Oliveira Moraes (*Controle jurisdicional da Administração Pública-1999, p.120*) ao mencionar a proteção da confiança ao princípio da moralidade narra um exemplo: “ o aluno de curso universitário requereu, à época oportuna, sua matrícula na disciplina de Educação Física, integrante do currículo do Curso de Direito, a qual lhe foi negada, sob o argumento de que essa disciplina não mais compunha a grade curricular. Ao encerrar o curso universitário, o acadêmico requereu documento comprobatório do término e recebeu declaração afirmativa da conclusão do Curso de Direito, com a qual inclusive, obteve licença para advogar. Não obstante, a Universidade recusou-se a expedir seu diploma, à falta da disciplina Educação Física. A Administração Universitária, primeiramente, dispensou o particular de seguir a disciplina, depois confirmou a autorização anterior, ao expedir declaração dando conta da conclusão do curso, declaração essa que surtiu efeitos perante terceiros. O princípio da boa-fé, neste caso, recomenda a convalidação e assegura ao universitário concludente o direito à expedição do diploma.”

“A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça também já acolheu expressamente a boa-fé como decorrência da moralidade administrativa no Recurso Especial 184.487/SP (DJU 03-05-1999, p. 153; RSTJ 120/386), a Corte considerou impossível que o Município anulasse promessa de compra e venda de lote celebrada com particular em razão de ilegalidades no loteamento, de responsabilidade do próprio Município. Fundamentando seu entendimento, o relator afirma:

"Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer situações em cuja seriedade os cidadãos confiaram."

“O Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou o pagamento a servidores contratados ilicitamente, sem concurso público, de todas as parcelas remuneratórias normalmente devidas, considerando o enunciado 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho incompatível com o princípio da moralidade administrativa, pois a Administração não pode se aproveitar de sua própria torpeza, sendo inerente à boa-fé a proibição de agir contra fato próprio.” Apelação Cível 261.180-4, julgada em 16-05-2002 pela Quinta Câmara Cível, relatora a Desembargadora Maria Elza

Há casos em que o princípio da moralidade deve ser afastado em decorrência ao princípio da legalidade: “Servidores em greve negociam com a Administração e obtém formalmente, tanto do Chefe do Poder Executivo quanto do Chefe do Poder Legislativo, a promessa de aumento em determinado percentual, que é encaminhada ao Poder Legislativo por meio de projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, com urgência constitucional. Os servidores então voltam ao trabalho, desmobilizando-se, confiantes na promessa do Poder Público. Logo depois, no entanto, o Chefe do Poder Executivo retira do projeto a urgência constitucional e o Chefe do Poder Legislativo o retira da pauta, relegando-o a segundo plano, para votação apenas no ano seguinte, ainda distante. A conduta é contrária à moralidade administrativa, uma vez que as expectativas legítimas dos servidores não foram respeitadas e o Poder Público agiu com nítida deslealdade e intenção de enganá-los. No entanto, nem por isso os servidores poderão pleitear na Justiça o aumento, uma vez que o art. 37, X, da Constituição estabelece reserva absoluta de lei na matéria ("*somente* poderão ser fixados ou alterados por lei específica");

Em caso diferente, o princípio da moralidade prevaleceu sobre o da legalidade:

“Servidores de uma autarquia estadual pleitearam a aplicação aos seus símbolos de vencimento de reajuste previsto por decreto estadual. A autarquia alegou que o decreto teria violado o art. 37, X, da Constituição. O

Tribunal reconheceu a violação, no entanto, deu razão aos servidores, sob o fundamento de que o entendimento contrário permitiria à Administração aproveitar-se de sua própria torpeza, o que seria contrário à moralidade administrativa. Reconhecendo a colisão de princípios, o Tribunal utilizou como critério para a prevalência da moralidade administrativa o fato de que o entendimento contrário também violaria o princípio da isonomia, pois permitiria à Administração aplicar o reajuste apenas àqueles servidores que bem entendesse, como já havia feito com muitos.” Apelação Cível 274.904-2, julgada em 20-06-2002 pela Quinta Câmara Cível, relatora a Desembargadora Maria Elza, DIREITO ADMINISTRATIVO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO NO DEPARTAMENTO DE OBRAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (DEOP/MG). DIREITO AO REAJUSTE PREVISTO PELO DECRETO ESTADUAL 36.829/95.

6- CONCLUSÃO

O princípio da moralidade administrativa deve ser entendido como um princípio jurídico observado nas funções e atividades desempenhadas pelos agentes públicos, de modo que, através de princípios correlatos como o da finalidade e legalidade validem a atividade pública.

A moralidade comum difere da moralidade administrativa, todavia, o funcionário público ou gestor trazem consigo sua conduta social e princípios éticos do que é ser honesto, leal e bom, tornando o campo da moralidade administrativa mais amplo no que concerne a aplicação da lei e princípios.

Antônio José Brandão (1951, pag.454) resume de maneira simplória o que é a moralidade na Administração Pública:

“A atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence.”

A Constituição Federal tece de maneira explícita no seu artigo 37 a aplicação do princípio da moralidade e no §1º a criação de lei para definir os atos de improbidade administrativa. A lei referente à Improbidade Administrativa é a 8.429/92.

Além da Constituição, leis infraconstitucionais estabelecem padrões éticos como o Decreto 6.029 de 01/01/2007 referente ao Sistema de Gestão Ética do Poder Executivo Federal e o Decreto 1.171 de 22/06/1994 sobre o Código de Ética Profissional do Servidor Público.

Dessa forma, o princípio tem o intuito principal de buscar o bem comum da sociedade, com práticas e atividades desenvolvidas pelos órgãos administrativos em conformidade com a lei e com os bons costumes, já que, o Direito disciplina não só a *legis*, mas toda a relação existente entre os homens e o meio.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade administrativa.** *Revista de Direito Administrativo*. v. 25. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. de 1951, p. 454-467.

BRASIL. **Constituição (1988).** **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 2010. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14.10.2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Juarez. **O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais,** São Paulo: Malheiros, 1997, p.67-68.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

A "LAMÚRIA DE PESSOA DETIDA" E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - CRÔNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal", publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª. edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Acabei de ler, estupefato, artigo escrito por um Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Livre-docente em Direito Penal, Doutor e Mestre em Processo Penal pela PUC-SP, além de autor de diversos livros na área de Direito Penal e Processual Penal (incluindo Execução Penal), em que consta, dentre outras afirmações, o seguinte:

"A audiência de custódia, com a devida vênia, é um modismo, trazendo vários mitos para serem explorados. Alguns argumentam que ela é a concretização do próprio instrumento do habeas corpus (toma o corpo). Perfeito. Neste importante instituto, há previsão legal para que o juiz/desembargador convoque o preso à sua frente. Nunca soube disso. Se alguém o fez, entra para a estatística mínima, quase desaparecida. Em suma: a) durante 23 anos, o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o mesmo; somente agora, alguns descobriram que o Brasil o descumpra seguidamente; b) se é um direito humano fundamental, em todos os lugares onde não há audiência de custódia, os flagrantes devem ser imediatamente relaxados, pouco importando o caso concreto; c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um experimento com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo; e) o sistema no Brasil não consegue transportar réus para as audiências, mas certamente haverá um imenso número de agentes (policiais?) para levá-los todos os dias à frente do juiz; f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; h) os defensores, hoje, da audiência de

custódia, como um direito fundamental, demoraram a acordar para isso (apenas 23 anos); mas já que o fizeram e estão despertos, convém levar logo ao STJ e ao STF a questão, por meio do habeas corpus para padronizar para todo o Brasil se sim ou se não a audiência de custódia; h) não há essa previsão no CPP; o STF tem a tendência de equiparar tratados a lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve legislar sobre o procedimento nacional a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual. A isto se chama legalidade, que vem sendo vilipendiada por um número excessivo de portarias, resoluções, provimentos e similares, originários dos mais diversos órgãos, sem o menor apego à função do legislador em matéria de direito criminal. Enfim, o mito dessa audiência é que ela é essencial para tirar presos provisórios do seu calvário. Aliás, a moderna Constituição de 1988 (a Constituição-cidadã) nem percebeu que estava olvidando a audiência de custódia no art. 5º. Outra ironia do destino. De minha parte, continuarei a ler atentamente as peças escritas de habeas corpus e soltar quem considero merecer, seja pela ilegalidade da prisão, seja porque faz jus à liberdade provisória. E se for esta a vontade do STF, ouvirei sem problema o preso, mas continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave."^[1]

Qual o motivo do meu assombro? Pela absurda e inacreditável inobservância do Controle Jurisdicional de Convencionalidade,

solenemente ignorado pelo Magistrado na decisão referida no artigo acima transcrito.

Vejamos o que nos impõe, como norma supralegal, o art. 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

"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 e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."

Igualmente, o art. 9º., 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York:

"Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença."

Tais normas internacionais estão incorporadas em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992.

Evidentemente, não há falar-se em suposta inconstitucionalidade da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, pois não se fere, em absoluto, o princípio constitucional da reserva legal previsto no texto constitucional,

visto que não se está legislando sobre matéria processual, não havendo invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais. Muito pelo contrário, aqui estamos diante de um "controle concentrado de convencionalidade". (A propósito, conferir o excelente trabalho de Valerio de Oliveira Mazzuoli).[\[2\]](#)

Ao contrário do Desembargador paulista, o Juiz de Direito catarinense, Professor Alexandre Morais da Rosa, atento às normas de Direito Processual Penal Internacional, afastou o crime de desacato do ordenamento jurídico penal brasileiro exatamente aplicando o Controle Concentrado de Convencionalidade, no julgamento dos autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis:

"(...) O controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerado o princípio da supremacia da Constitui o (<http://www.conjur.com.br/2015-jan-02/limite-penal-temas-voce-saber-processo-penal-2015>). Cabe ainda frisar que, no exercício de tal controle, deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não são a Constitui o da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas têm também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o art. 5 , às 2  e 3 [\[1\]](#), da Constitui o da República, moldam o conceito de "bloco de constitucionalidade" (parâmetro superior para o denominado controle de convencionalidade das disposi es

infraconstitucionais). Nesse sentido, como bem anota Flavia Piovesan: *O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais ou quando estes reproduzem preceitos enunciados na ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna. No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o STF que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal – à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional. (...) Por conseguinte, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos*

denominados “treaty bodies” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente. (...) É certo que, paulatinamente, o entendimento emanado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá repercutir na jurisprudência interna dos Estados americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica – sobretudo em Estados que, como o Brasil, são também signatários da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujo art. 27 prescreve que “uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.” [3]

Já esta decisão, li com entusiasmo, pois reflete um modo de ver o Direito Processual Penal de uma maneira consentânea com a Constituição Federal, com o Sistema Acusatório e com o Estado Democrático de Direito.

Sobre a audiência de custódia no Brasil, convém lembrar, a título descritivo, e especialmente para quem ainda não se deu conta, que o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça lançarão no dia 6 de fevereiro deste ano de 2015 um projeto para garantir que presos em flagrante sejam apresentados a um Juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.

Conforme a página do Supremo Tribunal Federal, o “Projeto Audiência de Custódia” consiste na criação de uma estrutura

multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

O projeto teve seu termo de abertura iniciado no dia 15 de janeiro, após ser aprovado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski.

O projeto conta ainda com a parceria do Presidência e da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que é presidido pelo Desembargador José Renato Nalini e tem como Corregedor-Geral da Justiça o desembargador Hamilton Elliot Akel, além do Ministério da Justiça.

O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo Magistrado, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, será analisada a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Os detalhes finais de execução do projeto estão sendo fechados entre os três órgãos e o projeto-piloto será lançado no próximo dia 06 de fevereiro de 2015, em São Paulo, com a assinatura de um termo de cooperação. O projeto-piloto será desenvolvido no Fórum Ministro Mário Guimarães, no bairro da Barra Funda, local para onde são encaminhados

todos os autos de prisão em flagrante delito lavrados na capital paulista, e realizado pelo Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária. A previsão é que as primeiras audiências de custódia sejam realizadas a partir do dia 23 de fevereiro.

Com efeito, a implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica e já é utilizada em muitos países da América Latina e na Europa, onde a estrutura responsável pelas audiências de custódia recebe o nome de “Juizados de Garantias”.

Além das audiências, o projeto prevê a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

No dia 6 de fevereiro de 2015, o Ministro Ricardo Lewandowski participou, em São Paulo, do lançamento do Projeto Audiência de Custódia, oportunidade em que afirmou que pretende levar a iniciativa a outras capitais e comarcas do País, após o desenvolvimento do projeto-piloto no Fórum Criminal da Barra Funda: *“Essa é uma meta prioritária do CNJ e São Paulo mais uma vez sai na frente como um importante parceiro. Uma experiência que, se for exitosa – e tenho certeza que será – será depois levada para outras capitais e comarcas do País”*, afirmando que o Brasil tem hoje cerca de 600 mil presos, sendo que 40% deles são presos provisórios. *“São aqueles que ainda não têm a culpa formada. São presos que não tiveram ainda a chance de se confrontar com o juiz e têm*

a sua liberdade de ir e vir limitada, contrariando a presunção de inocência”.

O objetivo do projeto é enfrentar esse problema, garantindo a rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz poderá analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. *“O juiz decide vendo a pessoa à sua frente e não com base em um amontoado de papéis dentro dos autos de um processo”*, explicou o Ministro. Inicialmente, o projeto terá como alvo os autos de prisão em flagrante delito lavrados apenas em dois distritos policiais da cidade de São Paulo. Progressivamente, outros distritos policiais serão incorporados ao projeto, segundo o governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, que também esteve presente à cerimônia.

A iniciativa prevê ainda a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por apresentar ao juiz opções ao encarceramento provisório. *“Infelizmente hoje a única resposta que a sociedade tem para quem errou é a prisão. A prisão é um mal necessário, entretanto o sistema carcerário, da forma como nós o mantemos, é um fator criminógeno. Quem ingressa sem necessidade sai revoltado, ressentido, pronto para se vingar da sociedade que o trancafiou”*, afirmou o

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador José Renato Nalini. Para o governador Geraldo Alckmin, o lançamento do projeto representa um avanço significativo na luta pela garantia dos direitos fundamentais: “*O projeto permitirá a manutenção da prisão nos casos mais graves e uma análise mais cuidadosa das situações consideradas menos graves*”. Para o Presidente da seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcos da Costa, o projeto representa um marco na história da defesa dos direitos humanos no País. Também participaram da cerimônia o prefeito de São Paulo, Fernando Haddad, o corregedor-geral de Justiça de São Paulo, desembargador Hamilton Elliot Akel, o procurador-geral de Justiça do estado, Márcio Elias Rosa, o diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Renato Campos De Vitto, e membros da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), entre outras autoridades. Fonte: CNJ.

Aliás, a propósito, tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº. 554/2011, dando a seguinte redação ao art. 306 do Código de Processo Penal:

"(...) "§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. § 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida

cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310. § 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado. § 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas. § 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.”

Não esqueçamos, outrossim, do Projeto de Lei nº 156, de 2009, em tramitação no Senado Federal que prevê a figura do Juiz das Garantias. De acordo com o texto projetado seria ele o "responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário", competindo-lhe:

"I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 553; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo

determinar que este seja conduzido a sua presença;IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;XI – decidir sobre os pedidos de:a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;c) busca e apreensão domiciliar;d) acesso a informações sigilosas;e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 447, §1º;XIV – arquivar o inquérito policial;XV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo." (grifo nosso).

Esta campanha liderada por órgãos do Judiciário para possibilitar a apresentação dos presos em flagrante a um juiz em até 24 horas depois da prisão começa a surtir efeito. A 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro determinou a soltura de um homem por ele não

ter sido submetido à audiência de custódia no prazo previsto. A determinação foi proferida pelo desembargador Luiz Noronha Dantas no pedido de Habeas Corpus proposto pela Defensoria Pública em favor do réu, cujo processo tramita na 3ª Vara Criminal de São Gonçalo. A decisão reconhece a necessidade da audiência de custódia, na qual deve ser aferida a legalidade e a necessidade da prisão, assim como se o preso sofreu tortura ou violação à integridade por parte de autoridades públicas. Segundo a decisão, a ausência de previsão no Código de Processo Penal não pode impedir a audiência de custódia, assim como eventuais dificuldades na sua implementação não podem servir de justificativa para a omissão estatal. Fonte: Assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (<http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/tj-rj-solta-presonao-foi-apresentado-juiz-24-horas>).

A propósito, o Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o Presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Augusto de Arruda Botelho, assinaram no dia 09 de abril de 2015 três acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas. Durante a cerimônia, o Presidente do Supremo Tribunal Federal disse que um dos principais objetivos desses acordos é acabar com a cultura do encarceramento existente no país, assegurando a todos as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal e nos pactos de Direitos Humanos assinados pelo país. O Ministro revelou que o Brasil tem hoje cerca de 600 mil presos, dos quais 40% são presos

provisórios – o segundo país que mais encarcera cidadãos em todo o mundo. Segundo o Ministro, não existem estabelecimentos adequados e nem suficientes para abrigar essa superpopulação de presos, que cresce em escala geométrica, revelou Lewandowski. De acordo com o Ministro José Eduardo Cardozo, as audiências de custódia podem reduzir o número de detentos encarcerados, o que, no seu entender, contribui para resolver o problema do sistema penitenciário brasileiro, que é deficiente, anacrônico, gerador de violência e de violação de direitos humanos, segundo afirmou o Ministro. Algumas unidades prisionais podem ser comparadas a "*masmorras medievais, verdadeiras escolas do crime*", concluiu o Ministro da Justiça. O primeiro acordo visa incrementar o programa de audiências de custódia. A ideia é que qualquer pessoa presa em flagrante seja apresentada imediatamente a um juiz. O programa já está em fase de implantação na capital do estado de São Paulo e deve, até o meio do ano, começar a funcionar nas capitais de outros 14 entes da Federação. O segundo acordo assinado, explicou o Ministro Lewandowski, visa tornar viáveis as medidas alternativas à prisão preventiva, que é aquela feita em casos excepcionais, quando o detido representa algum perigo para a sociedade. O Código de Processo Penal já prevê essas medidas alternativas, que podem ser as tornozeleiras eletrônicas, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou de contato com pessoas indicadas, a proibição de ausentar-se da comarca, entre outras. O último acordo assinado visa à construção de centros de monitoramento eletrônico para difusão do uso das tornozeleiras eletrônicas. Hoje, os juízes não podem aplicar essa medida alternativa de controle porque ainda não existe esse equipamento nem meios para

controlar a deambulação dos presos, conforme ressaltou o ministro Lewandowski. Pelo acordo, o Ministério da Justiça fica responsável, em parceria com os Estados, pela compra das tornozeleiras e pela montagem dos centros.

A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil entrou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5240, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, sustentando que a audiência de custódia é uma inovação no ordenamento jurídico paulista, não prevista no Código de Processo Penal, e somente poderia ter sido criada por lei federal e jamais por intermédio de tal provimento autônomo, já que o poder de legislar sobre a matéria é do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos Delegados de Polícia, cujas atribuições são determinadas pela Constituição (artigo 144, parágrafos 4º e 6º): *“Este [Provimento Conjunto nº3/2015], sim, foi inovador no ordenamento jurídico, entretanto, muito embora possa parecer um ato legítimo em sua aparência, é ilegítimo no exame de fundo. Trata-se, na espécie, inequivocamente, de ato normativo editado que configura uma inconstitucionalidade direta, imediata e formal, com abuso de poder”*, afirma-se na Ação.

Segundo notícia veiculada pela imprensa, *"a Justiça paulista deu início no dia 24 de fevereiro de 2015 às audiências de custódia, O projeto piloto começou no Fórum Ministro Mário Guimarães, no bairro paulistano da Barra Funda, com presos encaminhados por duas delegacias seccionais. Nas 25 audiências promovidas, 17 pessoas foram liberadas. A revista **Consultor Jurídico** apurou que Elias Rosa e o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, estudam entrar com*

medidas judiciais contra as audiências de custódia. A Defensoria Pública deve atuar na grande maioria dos casos — nesta terça, só um preso contou com advogado. A instituição é favorável à nova iniciativa. Defensores apontam que o Brasil já havia se comprometido em tratados internacionais a evitar que o preso demore a ser ouvido. Além disso, entendem que o contato entre o preso e o juiz torna o processo “mais vivo”, permitindo a análise de informações e a apuração de problemas, como acusações de tortura. Já o MP avalia que reunir tantos representantes com o juiz transforma um momento pré-processual em uma fase de prova. Um representante do órgão afirma que a polícia já era obrigada a informar prisões em flagrante em 24 horas, e a validade dessas medidas já era analisada por todos os órgãos nos gabinetes, sem a obrigação do encontro pessoal. Enquanto, pela manhã, havia circulação de pessoas e câmeras por todos os lados, no período da tarde as salas de audiências estavam mais tranquilas. A ConJur acompanhou o caso de um suspeito de tráfico de drogas, em uma das seis salas localizadas nos fundos do último andar do fórum. Servidores não sabiam informar se o público externo poderia participar, mas a juíza responsável pelo caso autorizou a entrada das quatro pessoas que bateram à porta. Negro e com 29 anos, o homem chegou algemado e ficou numa cadeira, entre um defensor público e uma promotora de Justiça e à frente de um policial militar. A juíza disse que o preso poderia ficar em silêncio, mas ele concordou em falar. O homem foi questionado se já tinha passagem na polícia, se toma alguma medicação, onde mora, se é casado e tem filhos, por exemplo. No final, a magistrada atendeu solicitação do MP e converteu a prisão em flagrante em preventiva, pois o homem já tinha

duas condenações anteriores e poderia trazer risco à ordem pública. A audiência durou 30 minutos e foi gravada em vídeo. O homem foi ouvido em menos de dez, e boa parte do tempo restante foi gasto com problemas de quem ainda está se adaptando, como uma impressora sem configuração que impediu a impressão de documentos. No total, foram destacados dez juízes do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (Dipo) e dois promotores para atuar nas audiências de custódia, enquanto a Defensoria separou sete defensores por dia para trabalhar especificamente com esses casos. O CNJ divulgou que o horário de funcionamento será de 9 às 19 horas, de segunda a sexta-feira. Ao menos na estreia, servidores informaram que a polícia poderia entrar no fórum até as 16h30. Meia hora antes, porém, já foi avisado que as audiências do dia haviam terminado." Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>, acessado dia 25 de fevereiro de 2015.

A 3ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região determinou que um Juiz de Mato Grosso ouça dois homens presos em flagrante sob a suspeita de roubar uma agência dos Correios, sob o argumento de que já entraram no ordenamento jurídico brasileiro as normas de tratados internacionais em que o país compromete-se a impedir a demora na análise da situação de presos. Esse foi o entendimento da Desembargadora Federal Mônica Sifuentes. A decisão contraria entendimento anterior da própria 3ª. Turma e atende pedido da Defensoria Pública da União. A Defensoria alegou que esse direito foi fixado em ao menos dois tratados assinados pelo Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, inseridos na legislação por decretos.

Ao analisar o caso, a relatora apontou que a 3ª. Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região já considerou que as audiências de custódia não estão contempladas no nosso ordenamento jurídico. Em 2014, o colegiado avaliou que “*nenhum dispositivo prevê a apresentação pessoal do preso ao juiz como um dos requisitos para a legalidade da prisão*”. Segundo o [acórdão](#), a lei brasileira determina apenas que autos de prisão em flagrante sejam levados sem demora ao juiz competente.

Mesmo assim, a Desembargadora afirmou que deixaria de considerar essa tese porque o Conselho Nacional de Justiça fixou como “*meta prioritária*” universalizar o uso dessas audiências. Ela apontou que o Pacto de San José foi formalmente reconhecido pelo Brasil em 1992, com o Decreto 678, e determinou que os suspeitos sejam ouvidos “*o quanto antes*”. (Processo 0006708-76.2015.4.01.0000).

Interessante esta decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"Direito processual penal. Prisão em flagrante. Audiência de custódia. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Hierarquia constitucional dos Tratados sobre Direitos Humanos. 6.ª Câ. Crim. HC 0064910-46.2014.8.19.0000 j. 25.01.2015 – public. 03.02.2015. Solicitadas informações, veio a ser nestas esclarecido que o pedido defensivo vertido nos autos principais e que aqui anima o universo impetracional foi finalmente apreciado e indeferido, nos seguintes termos: “Quanto ao requerimento de relaxamento da prisão,

com fundamento na audiência de custódia, não assiste a razão à defesa ante ausência de previsão no CPP e na lei especial. Ressalte-se que o Pacto São José da Costa Rica exige que o preso seja apresentado à autoridade judicial sem qualquer fixação de prazo para esta ocorrência. Ademais, o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa, o que se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu. Por todo o exposto, indefiro o pedido de relaxamento da prisão preventiva dos acusados Ueslei e Rafael”. Concessa maxima venia, ressoa absurdo e teratológico o decisum em questão. Em primeiro lugar, porque a ausência de expressa previsão legal deste imprescindível ato procedimental no C.P.P. não pode ser manejado para inviabilizar a sua ocorrência, uma vez que, figurando o Brasil como signatário destes acordos e tendo ratificado, por seu Legislativo, os respectivos conteúdos, as normas daí advindas não são inexistentes, como quer fazer crer a nobre Autoridade coatora, mas sim, presentes e de hierarquia equivalente a dos primados constitucionais. Aliás e a esse respeito, mas seguindo o equivocado raciocínio desenvolvido pelo Juízo de piso, caberia a lembrança de que vários são os princípios constitucionais que não receberam assento formal no Código de Processo Penal e, nem por isso, a existência ou eficácia destes pode ser discutida ou questionada. Pois, no caso vertente, acontece exatamente a mesma coisa!!! Em segundo lugar, ofende a sensatez e a razoabilidade a argumentação sustentada pelo Juízo de piso a partir da qual não foi realizada a Audiência de Custódia

porque inexistente prazo fixado para tanto. Relembre-se que tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 5) — “Toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º, 3) - “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 julgado em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”, estabelecem que tal imprescindível iniciativa para se assegurar o resguardo à integridade física e psíquica do preso determinam que isto se dê sem demora, a significar, de imediato, ou seja, num prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, já que qualquer outra metrificação de tempo ofenderá a mens legis. Outro não é o entendimento contido no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (item 44) que trata especificamente da necessidade de realização da audiência de custódia: “Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação

peçoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992”. Também seguiu este norte o Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal, que trata de alteração ao texto vigente do art. 306 do C.P.P., visando combater e prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, quando alinha que: “...O Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos trazem obrigações internacionais para o Estado brasileiro, de reconhecimento, respeito e proteção às garantias dos cidadãos, que podem invoca-las a qualquer instante. Seja qual for o motivo de uma prisão, há o direito da pessoa presa exigir ser levada à presença de um juiz, ou de uma autoridade judicial ‘sem demora’ (...) O estabelecimento de 24 (vinte e quatro) horas para apresentar ao Juiz competente a pessoa privada de liberdade constitui prazo razoável, considerando que a própria lei processual penal já determina que o auto de prisão em flagrante seja enviado à autoridade judicial dentro deste espaço de tempo, após a efetivação da prisão... “E como se tudo isto não bastasse, ainda consta do Boletim Informativo Eletrônico da Diretoria-Geral de Comunicação e de Difusão de Conhecimento deste Pretório, Edição nº 07 deste ano, do dia 16.01.2015, na sua principal matéria de destaque que: “O Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça lançarão no dia 6 de fevereiro um projeto para garantir que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz num prazo máximo de 24 horas. O ‘Projeto Audiência de Custódia’ consiste na criação de uma

estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção desta prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere. O projeto teve o seu termo de abertura iniciado na quinta-feira (15), após ser aprovado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski”. Em terceiro lugar e que também não pode ser chancelada está a mais do que absurda linha argumentativa, desenvolvida pelo Juízo de piso, segundo a qual “o mencionado Pacto não dispõe acerca de qualquer ilegalidade relativa a não apresentação do preso no momento pretendido pela defesa” (???)!!!). Ora, o descumprimento de um primado afeto à garantia dos direitos humanos, contido em acordo internacional e cujo teor foi ratificado pelo Brasil, repise-se, ostenta hierarquia equivalente àquela concernente aos princípios constitucionais, parecendo incabível ingenuidade crer-se que o seu descumprimento restará impune e sem gerar consequências processuais imediatas. Por último, mas não menos importante, cabe descartar o argumento final e metajurídico, sustentado pelo primitivo Juízo, a partir do qual, considerou que a realização deste imprescindível ato não “se coaduna com a realidade, eis que absolutamente inviável a realização da audiência imediatamente após a prisão de cada réu” (???)!!!). Este, permissa venia, é o absurdo dos absurdos!!! Isto porque não só não pode um Magistrado deixar de aplicar uma norma de status constitucional porque não tem meios materiais para tanto - como, por exemplo, seguir no julgamento de um feito, sem realizar a Instrução deste, porque, simplesmente, não possui meios de

transportar réus presos e/ou intimar e requisitar a apresentação de testemunhas - como também tal avaliação não é da sua competência, mas sim, da Administração Superior deste Tribunal de Justiça, cabendo ao Juiz cumprir a lei e os primados constitucionais próprios, e, caso não possua condições concretas de realizar o seu mister, que acione a Colenda Presidência e a Egrégia Corregedoria-Geral deste Pretório, solicitando ajuda e demonstrando a imprescindibilidade da medida que precisa ser adotada. Por derradeiro e para sepultar o impróprio, indevido e equivocado juízo de infactibilidade material de condições à realização da Audiência de Custódia, segue-se na transcrição de outros dois parágrafos daquela matéria contida no Boletim Informativo Eletrônico deste Pretório, mencionado quatro parágrafos acima: “...O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades...”. Assim e diante da mais do que flagrante ilegalidade advinda da opção de ignorar e de negar a validade e necessidade da realização da Audiência de Custódia, DEFIRO a liminar pretendida e determino a expedição de Alvará de Soltura condicionado em favor do Paciente, U. H. A.. Deixo de impor aos mesmos o cumprimento das

cautelares alternativas à prisional, em face da ilegalidade ora sanada na medida segregacional. Comunique-se o inteiro teor da presente ao Juízo originário. Após, à d. Procuradoria de Justiça. Luiz Noronha Dantas - Relator."

A propósito, e apesar de longo, vale transcrever o artigo de Cláudio do Prado Amaral ("Da audiência de custódia em São Paulo"), publicado no Boletim - 269 – ABRIL/2015 do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

"Na primeira página do Diário da Justiça de 27.01.2015 foi publicado o Provimento conjunto 03/2015, da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). O provimento determina a implementação gradativa da audiência de custódia, em todo o Estado de São Paulo, conforme cronograma. Assim, com 23 anos de atraso, finalmente o Brasil começa a dar efetividade ao disposto no art. 7.º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de San Jose da Costa Rica), o qual determina 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". Embora já estivesse sedimentado na doutrina e na jurisprudência do STF(1) que a CADH é direito interno, de grau supralegal e infraconstitucional, o art. 7.º, item 5 jamais foi aplicado no solo brasileiro em caráter vinculante. Nunca foram anuladas as prisões preventivas originárias de prisão em flagrante cujo preso não foi apresentado sem demora ao juiz para audiência de custódia. Ante a iniciativa do TJSP, surgem justas expectativas de avanços e dúvidas naturais. Direitos Humanos e Direito Processual Penal dialogam

estritamente entre si e são extremamente sensíveis um ao outro, tendo em vista as consequências recíprocas de seus âmbitos de ação. Diversos direitos humanos afirmados em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, todavia, ainda carecem de efetividade. Quando esses direitos carentes de efetividade se imbricam com o processo penal, o resultado é a falta de efetividade do próprio direito processual. Logo, a palavra de ordem na atualidade é efetividade. A fase afirmativa de direitos humanos já se encontra consideravelmente consolidada. Não é por outra razão que os movimentos sociais têm se interessado mais pela efetividade que pela afirmação desses direitos, em busca de mecanismos que possibilitem a almejada concretude. O Provimento 03/2015 surge como mola propulsora para a efetivação de promessas que existiam apenas no papel e nas mentes mais bem intencionadas. A inversão hierárquica pode causar surpresa: embora a CADH já fosse direito interno, foi necessária a edição de uma norma jurídica de nível hierárquico muito inferior (uma portaria), para dar vida à audiência de apresentação prevista no Pacto de San Jose. Apesar da inversão, o fenômeno espelha uma situação que não é rara. Muitos países, como o Brasil, aderem e assinam, com relativa facilidade, diversos acordos ou tratados internacionais, nos quais reconhecem e afirmam direitos humanos. Todavia, o fazem já sabendo que a efetivação desses direitos representa um demorado e custoso processo social de concretização. Por vezes essa concretização é alcançada por meio de mecanismos que representam argumentos de autoridade. Isso já ocorreu, entre nós por exemplo, em tema de execução penal, quando em 2007 a presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promulgou a Resolução 47, obrigando ao juízes de execução penal

a cumprir o art. 66, VII, da LEP. O argumento de autoridade admite uso pragmático. Nesses casos, funciona como um dispositivo de estratégia de “redução de complexidade”, economizando tempo e esforço para a efetivação de uma verdade que os movimentos sociais não conseguiriam realizar sozinhos ou somente ao custo de muito tempo e esforço. A apresentação do imputado preso diante de um magistrado é um procedimento reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos. Chamada de first appearance no direito estadunidense, tem como principais finalidades informar ao preso sobre a acusação que lhe é feita, sobre seu direito ao aconselhamento/assistência por um profissional, bem como o exame sobre a possibilidade de fixação de fiança ou outros vínculos que possibilitem o imputado responder ao processo em liberdade. Seguindo a regra de que essa audiência deve ocorrer “sem demora” (without unnecessary delay), não costuma demorar mais que 72 horas. No direito italiano está prevista a udienza di convalida; na hipótese de prisão em flagrante, a polícia coloca o preso à disposição do Ministério Público, em até 24 horas. Este, por sua vez, caso entenda que a prisão em flagrante é devida, pede ao juiz a sua convalidação. Tal pedido deve ser feito no prazo de 48 horas a partir do momento da efetiva privação de liberdade da pessoa. Segue-se o dever de o juiz realizar a audiência de convalidação em até 48 horas, tendo por fins verificar: (a) a “legitimidade” da prisão em flagrante; e (b) a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Na Alemanha, todo aquele que for detido por iniciativa da polícia deve ser levado à presença do juiz no máximo um dia após o encarceramento. O provimento do TJSP fixa o prazo de 24 horas, contado desde o momento da prisão em flagrante,

para a autoridade policial apresentar o preso – juntamente com cópia do auto de prisão em flagrante – perante o juiz, para participar da audiência denominada “de custódia” (arts. 1.º e 3.º). A apresentação do preso em 24 horas, contudo, nem sempre ocorrerá. Estão previstas exceções transitórias, pois válidas somente até melhor estruturação das rotinas de transferências de presos. Assim, inicialmente, não se realizará audiência de custódia aos sábados, domingos, feriados, nos dias úteis (fora do expediente forense normal), nem aos finais de semana que incidirem no período de recesso, que vai de 20 de dezembro a 6 de janeiro. Embora o Provimento 03/2015 nada mencione, é evidente que o horário da apresentação do preso em juízo deverá ser certificado nos autos. A normativa também não diz qual é o prazo para a realização da audiência após a apresentação do preso. Cumprindo-se a letra e o espírito da CADH, referida audiência deverá ser realizada “sem demora”. Isso significa que deverá receber encaixe na pauta de audiência do mesmo dia da apresentação. Pode ocorrer que um auto de prisão em flagrante seja realizado pela manhã, às 11 horas, sendo a audiência realizada no mesmo dia, às 16 horas. Caso essa audiência seja anulada (por exemplo, por não ter se assegurado que o preso se entrevistasse com seu defensor previamente), a audiência poderá ser renovada, desde que até as 11 horas do dia seguinte, respeitando-se, assim, o prazo de 24 horas para a apresentação em juízo. E se tais marcos temporais não forem cumpridos? A normativa também não diz qual é a consequência. Todavia, outra não pode ser, senão a colocação do preso em liberdade.(5) De um lado ocorre violação da garantia da necessidade de ordem motivada do juiz para o aprisionamento. De outro lado, desrespeita-se o princípio da duração

razoável do processo (rectius do aprisionamento pré-cautelar), por constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo. A audiência de custódia é um ato pré-processual, judicializado, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa estabelecido em favor do preso. Trata-se, portanto, de uma garantia do cidadão contra o Estado. Em diversos julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) afirmou que a apresentação sem demora do preso ao juiz para audiência “é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal (...) e a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, “evitar capturas arbitrárias ou ilegais”, bem como para autorizar a adoção de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de que a prisão provisória somente seja aplicada “quando for estritamente necessária”, “objetivando-se de modo geral que o imputado seja tratado de modo condizente com a presunção de inocência”. Podem ser extraídas quatro finalidades do Provimento 03/2015, que são ao mesmo tempo técnicas e de política criminal, todas adequadas à CADH e às orientações da CIDH. A primeira é garantir que o preso se entreviste com seu defensor “por tempo razoável” antes da audiência. A segunda consiste em reforçar a obrigação que cabe a todo magistrado de exercer a função de garantidor do processo penal constitucional, examinando detidamente o contexto do aprisionamento, e, assim, relaxando a prisão em flagrante ilegal, ou caso seja legal, velando pelo princípio da excepcionalidade da prisão preventiva, seja pelo zelo no exame da possibilidade de concessão de liberdade provisória destrelada de qualquer medida cautelar, ou não sendo isso possível, concedendo liberdade provisória atrelada às medidas cautelares que forem suficientes e necessárias. Também é claro o objetivo

do provimento consistente em reafirmar o dever judicial de primeiro guardião dos direitos humanos do preso. Por isso, consta do art. 7.º que, diante das informações colhidas na audiência de custódia, caberá ao magistrado requisitar os exames clínico e de corpo de delito da pessoa presa, caso conclua sejam necessários para “apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto”, “determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido”, sem prejuízo de outras medidas para a apuração de violação e de resguardo dos direitos humanos do detido. A quarta finalidade do provimento citado, extraída de seus consideranda, consiste em contribuir de modo significativo para a redução da quantidade de presos provisórios no sistema prisional paulista, e, conseqüentemente, cooperar para diminuir a hiperlotação nas unidades prisionais. A audiência de custódia realiza-se somente após assegurado o direito de o preso se entrevistar com seu advogado ou defensor público por tempo razoável, isto é, que lhe permita adequadamente expor o que ocorreu e ser devidamente orientado. Uma vez iniciada a audiência, o juiz informará o detido sobre seu direito de se manter em silêncio e não responder às perguntas que lhe forem feitas. Caso o preso se mantenha em silêncio, nenhum prejuízo deverá sofrer, pois se trata de um direito fundamental estabelecido na Constituição Federal em favor do indivíduo e contra o Estado. A seguir, o juiz o indagará sobre sua qualificação, condições pessoais, “tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão”. Não estão previstas reperguntas por parte do Ministério Público (MP) ou da defesa. Todavia, nada

impede, antes é salutar, que sejam permitidas. Finalizada a entrevista, o juiz ouvirá o MP, o advogado ou o Defensor Público, sobre a legalidade da prisão e sobre a cautelaridade, devendo decidir nos termos do art. 310 do CPP. Na hipótese extrema de prisão preventiva, o juiz deverá (não é uma faculdade) examinar se cabe o disposto no art. 318 do CPP, a fim de substituí-la pela prisão domiciliar. A audiência de custódia será gravada em mídia. Deve ser lavrado termo escrito e sucinto contendo “o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz”. Todavia, faculta-se ao juiz determinar que tudo o que se passou na audiência seja integralmente reduzido a escrito, explicitando-se todos os atos praticados. De todo modo, “a gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante”. Portanto, trata-se de ato permeado pelo direitos constitucionais à informação, ao silêncio, à ampla defesa, ao contraditório e à publicidade. A violação a quaisquer desses direitos acarretará a anulação do ato, e caso sua renovação não seja possível no mesmo dia ou após 24 horas contadas desde a detenção efetiva, o preso deverá ser colocado em liberdade. O disposto na parte final do caput do art. 6.º e do § 1.º merece especial atenção, pois impõe interditos cognitivos. Desse modo, em suas perguntas, o juiz limitar-se-á a indagar sobre “as circunstâncias objetivas da sua prisão”, sendo que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento”. Tais limites são devidos porque o momento processual é de cognição limitada à verificação da legalidade da prisão em flagrante e à empenhada tentativa de concessão de liberdade provisória. Qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa

forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo. Não se trata de um “interrogatório”, mas, sim, de uma “entrevista”. Por isso, o julgador não deve fazer perguntas ao preso sobre ter ele cometido ou não o fato. E se o fizer MP e defesa deverão protestar. Não se busca saber quem foi o autor do fato, mas, sim, de que modo foi feita a prisão do suposto autor. É vedado indagar: “o sr. praticou o crime?”. Em lugar disso, deve-se perguntar: “como, onde e quando o sr. foi preso?”. Certamente, haverá casos nos quais forçosamente serão examinados aspectos objetivos tendentes ao mérito, porque indissociáveis do exame da legalidade do estado de flagrância. Assim, por exemplo, será difícil não ocorrer alguma cognição mais ampla nos casos de flagrante presumido, pois cabe ao juiz examinar situações cuja legalidade está vinculada à proposição de que a pessoa presa foi perseguida ou encontrada em um contexto que a fizesse presumidamente autora da infração (art. 302, III e IV, do CPP). Em tais casos, a prudência deve ser redobrada, a fim de que não se promova um interrogatório antecipado. E ademais, o julgador e as partes deverão ter sempre em mente que: (a) a entrevista feita na audiência de custódia existe para preservar direitos do preso e não para prejudicá-lo; e (b) o âmbito de cognição sobre a “presunção de autoria” é sumário e limitado ao exame de aspectos objetivos óbvios, cristalinos e evidentes, os quais permitam presumir com a mesma tranquilidade que se presume que durante o dia há claridade. O advento formal da audiência de custódia revela verdadeiro e louvável esforço institucional do TJSP para dar efetividade a um processo penal

orientado por princípios constitucionais. O fato de se criar um momento no qual a pessoa recém detida e o juiz colocam-se frente a frente dá ensejo a um ato processual que permite o aguçamento dos sentidos e da humanidade do julgador. A medida, contudo, depende em sua maior parte da direção que os magistrados darão ao procedimento, ou dito de outro modo, dependerá da política criminal que cada juiz vier a aplicar ao velho-novo instituto."

Lembre-nos que há lei, aliás "supra-lei" a autorizar a audiência de custódia! Oxalá, a iniciativa espalhe-se pelos demais Tribunais de Justiça do País, assegurando-se a integridade física do presos em flagrante, ora "flagrantemente" ignorada, inclusive pelo Ministério Público, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial. Ou não?

O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil assinaram [termo de cooperação técnica](#) no dia 27 de abril de 2015 para estimular a instalação das chamadas audiências de custódia pelo país. A proposta é fazer com que presos em flagrante sejam ouvidos em 24 horas por juízes, em encontros presenciais com a participação de defensores e de membros do Ministério Público. A Ordem dos Advogados do Brasil comprometeu-se a criar núcleos voluntários de advocacia para atuar em comarcas onde a Defensoria Pública não atue, assumindo a defesa quando o preso estiver sem representante particular. Também planeja criar diretrizes para suas seccionais orientarem e capacitarem advogados sobre como participar da iniciativa. O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, diz que vai dar suporte aos tribunais de Justiça e tribunais regionais federais que adotarem as audiências de custódia, além de incentivar que as cortes escalem número suficiente de

magistrados e servidores para trabalhar no projeto. A assinatura foi feita durante a abertura da VI Conferência Internacional de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, em Belém (PA). Em até 30 dias, o Conselho Nacional de Justiça e a Ordem devem apresentar um plano de trabalho para implementar as ações previstas no termo.

Em outra oportunidade, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, reuniu-se com presidentes de Tribunais de Justiça de todo o País (dia 05 de maio de 2015) para incentivar o combate à cultura do encarceramento por meio da concretização do projeto Audiências de Custódia. A reunião ocorreu momentos antes do lançamento do projeto Cidadania nos Presídios, em Brasília. Com referência especial aos dirigentes de tribunais que já foram visitados pela equipe do Conselho Nacional de Justiça e tiveram conhecimento do projeto, o Ministro Lewandowski ganhou o apoio de mais estados e obteve o compromisso de novas execuções do projeto até o final do primeiro semestre de 2015. Lançado experimentalmente em São Paulo em fevereiro, o programa já reduziu em 45% o número de prisões provisórias no estado desde então. *“Ao desenvolvermos esse projeto, vamos conseguir mudar completamente a realidade horrorosa das prisões no Brasil. Faço um apelo para partirmos na frente, mostrando que o Judiciário tem condições de fazer coisas novas”*, disse o Ministro. Segundo Lewandowski, a proposta de apresentar os presos ao juiz no prazo de 24 horas dá um tratamento revolucionário e eficaz às determinações do Pacto de San Jose da Costa Rica, internalizado pelo Brasil em 1992. Ele destacou que os 600 mil presos do Brasil representam a quarta maior população carcerária no mundo. *“Hoje a*

situação está insustentável”, ponderou. O ministro incentivou os presidentes a fortalecerem as discussões nos grupos de trabalho constituídos para a implementação do projeto, dialogando com os respectivos magistrados e com os demais atores do Judiciário e dos Executivos estaduais. Segundo o ministro, mesmo com os eventuais desafios, a transformação da realidade carcerária interessa a todos. Além da redução no número de prisões provisórias desnecessárias, o Ministro Lewandowski destacou que o projeto coíbe a prática de tortura policial e acaba facilitando o trabalho de todos os atores de Justiça com a antecipação de fases processuais, reforçando a pauta dos direitos individuais no processo penal. *“Precisamos nos conscientizar sobre a importância da audiência de custódia, pois resolver o problema da superlotação é dever de todos e isso não é algo conquistado do dia para a noite. É importante que façamos esse esforço para que nos tornemos exemplo para o mundo”*, apontou o Ministro. O êxito do projeto foi confirmado pelos Presidentes dos tribunais do Maranhão, Cleonice Freire, e de Minas Gerais, Pedro Bitencourt Marcondes. Com exceção do Maranhão, que já vem praticando um modelo local das audiências de custódia, Minas Gerais, Amazonas, Tocantins, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Ceará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro e Distrito Federal estão em vias de institucionalização do projeto. Em São Paulo, as audiências de custódia estão em vigor desde fevereiro de 2015. O presidente do CNJ e do STF sugeriu que detalhes sobre o programa Audiências de Custódia sejam discutidos nas próximas reuniões do Colégio de Presidentes das cortes estaduais. *“A ideia é que a experiência de cada tribunal possa aperfeiçoar o projeto”*, concluiu.

Desde fevereiro do ano de 2015, quando teve início o projeto piloto de audiência de custódia em São Paulo, as alternativas penais têm sido apontadas como uma importante estratégia para combater a superlotação dos presídios. Com o argumento de dar alternativas para que o juiz não mantenha encarcerada toda pessoa presa em flagrante, o modelo do projeto piloto previu que seriam criadas estruturas para a aplicação de alternativas penais. Apesar de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Departamento Penitenciário Nacional (Depen/MJ) falarem cada vez mais em alternativas penais, este é um tema ainda pouco compreendido e bastante carente da produção de dados que comprovem o potencial de as alternativas previstas realmente enfrentarem o cenário de presídios superlotados. Nesse sentido, a iniciativa do Depen e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de pesquisar a aplicação e a execução das penas e medidas alternativas pelo sistema de justiça brasileiro foi muito bem recebida pela sociedade civil interessada no fortalecimento de políticas públicas que enfrentem a alta taxa de encarceramento atual. A pesquisa foi iniciada em 2011 e elaborou diagnósticos de natureza quantitativa e qualitativa sobre o fluxo da justiça criminal, incluiu a observação de audiências e a realização de entrevistas com magistrados e funcionários do sistema de justiça criminal. Parte dos resultados dessa pesquisa veio a público no dia 26 de novembro de 2014, durante o Seminário Nacional de Alternativas Penais, realizado em Brasília pelo Depen/MJ. Na ocasião, foi distribuído [o sumário executivo da pesquisa](#) e realizada uma mesa de debate sobre os resultados, da qual o ITTC participou. No dia 25 de

março, a [versão completa do relatório](#) finalmente foi divulgada. De modo geral, as conclusões mais contundentes da pesquisa desvelam os mecanismos pelos quais opera nosso massivo sistema de aprisionamento. Em primeiro lugar, temos que a principal porta de entrada no sistema penitenciário é a prisão em flagrante. De acordo com o IPEA, 59,2% das denúncias criminais recebidas pelos tribunais referiam-se a inquéritos policiais abertos somente depois da prisão em flagrante, isto é, que não se baseavam em investigações prévias. Essa problemática da desvinculação entre prisão e investigação prévia é reforçada pelo fato de a maioria dos inquéritos instaurados e concluídos terem sido conduzidos por delegacias circunscricionais (77,3%), responsáveis por determinada região, e não por delegacias especializadas. Ou seja, em geral os inquéritos foram feitos por delegacias cuja competência abrange um número muito grande de responsabilidades, nas quais, em função da escassez de efetivos e de recursos, o trabalho é essencialmente reativo às ocorrências relatadas pela população. Nessas unidades, boa parte do que é feito consiste na busca das pessoas já conhecidas dos policiais. A predominância do chamado “policiamento por suspeição” é ainda fundamental para problematizar os dados sobre reincidência, geralmente divulgados com bastante alarde para denunciar o fracasso da missão ressocializadora do sistema prisional. Sendo a maioria dos inquéritos conduzidos por delegacias para as quais investigação é sinônimo de relacionar as ocorrências relatadas às pessoas com registros criminais, não é difícil concluir que o fato de uma pessoa (ou um familiar seu) já ter tido contato com o sistema de justiça a torna uma fortíssima

candidata a passar por novo processo penal, independentemente de sua conduta individual. Assim, essa pesquisa do IPEA sugere que elevadas taxas de reincidência dizem menos sobre a capacidade de a prisão modificar comportamentos e muito mais sobre as engrenagens viciadas do sistema de justiça criminal. A prisão em flagrante é tão explicativa sobre o funcionamento da justiça criminal pelo motivo de a postura dominante do Judiciário ser a de cancelar a atuação da polícia, convertendo em prisão preventiva as prisões feitas em flagrante. Apesar de muitos juízes alegarem que têm soltado acusados por crimes apenados com penas baixas, a análise dos processos criminais feita pela equipe do IPEA revelou que há processos envolvendo furtos de valores insignificantes cometidos por réus primários em que se manteve a prisão preventiva, principalmente quando o réu estava em situação de rua. A atuação seletiva da justiça criminal que privilegia o ponto de vista da repressão policial foi notada pelos pesquisadores do IPEA também em razão da presença massiva de policiais como testemunhas nas mais diferentes localidades. Para os juízes, os policiais, tanto civis quanto militares, devem ser ouvidos porque são os profissionais que estão na ponta enquanto que os juízes, na “linha de produção” da justiça criminal, se veem como a última parte da esteira. A prisão como pena move-se pela lógica da comprovação jurídica de que uma pessoa é responsável por um determinado crime, ao passo que a prisão cautelar dirige-se principalmente à proteção de uma ordem pública abstrata, para a qual as figuras mais ameaçadoras são pessoas jovens, negras ou pardas, e socialmente vulneráveis. O modo como o Judiciário apenas carimba a

escolha política da polícia sobre quem reprimir é nítido nos dados do IPEA que demonstram que a conduta de praticamente quatro em cada dez pessoas mantidas presas cautelarmente não foi considerada passível de receber uma condenação à prisão ao final do processo. Projetando este número para a quantidade de presos provisórios em dezembro de 2013 (Infopen), isso significa dizer que são cerca de 90 mil homens e mulheres mantidos encarcerados apesar de até mesmo um Judiciário conservador ser capaz de concluir que falta fundamento para aplicar pena de prisão para essas pessoas. Apesar do sucesso para demonstrar a forma abusiva como a prisão cautelar vem sendo aplicada, os resultados da pesquisa são insuficientes para problematizar especificamente o desenvolvimento da política nacional de alternativas penais. Ao contrário da pesquisa realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD) em 2006, os dados produzidos pelo IPEA partiram do pressuposto da validade da ampliação do recurso às alternativas penais, deixando de lado o questionamento sobre a aptidão das alternativas para reduzir as taxas de encarceramento. Para o ITTC, a defesa das alternativas penais como ferramenta de política criminal está condicionada à sua capacidade de reduzir o encarceramento sem, por meio disso, gerar expansão de outros mecanismos de controle penal. Fonte: <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/as-engrenagens-do-carcere/>

O Conselho Nacional de Justiça arquivou no dia 05 de maio de 2015 manifestação da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais

(Anamages) que [criticava](#) a implantação das audiências de custódia. A entidade apontava várias dificuldades para efetivar do projeto. Para a associação de magistrados, a iniciativa pode afetar a segurança pública, sob a alegação que a medida iria "retirar policiais das ruas e delegacias". Também iria aumentar a judicialização e encargos administrativos dos juízes e o número de reclamações disciplinares advindas dos advogados contra juízes que decidirem manter a custódia, além de fazer com que o preso se sinta forçado a negar agressões sofridas entre o momento da detenção e sua apresentação ao juiz. Conselheiro Fabiano Silveira aponta que projeto tem o condão de inibir a prática de tortura e tratamento cruel aos presos. O conselheiro do CNJ Fabiano Silveira, relator do caso, afirmou que as argumentações da Anamages não prosperam. Para ele, o atual sistema — sem as audiências de custódia — não assegura a adequada proteção aos presos, o que é mostrado nos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com o objetivo de aperfeiçoar a questão. Segundo Silveira, as audiências de custódia vão ao encontro das convenções internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ressalta que o controle judicial imediato é meio para evitar prisões arbitrárias e ilegais. *“Nessa linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal, que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não é suficiente para dar conta do nível de exigência estabelecido nas convenções internacionais”*, diz o relatório do conselheiro. No que tange ao argumento de que os presos poderiam ser constrangidos a negar maus-

tratos e violências, Silveira é categórico em afirmar que o projeto é um *“marco no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e humanização do sistema jurídico-penal”*. *“Ao contrário do mencionado pelo Requerente no ponto 7 da petição inicial, a referida audiência tem, sim, o condão de inibir a prática de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante”*, completa. Outras questões apontadas pela Anamages são as dificuldades logísticas e geográficas que podem ocorrer em comarcar do interior de cada estado e da região Norte do país. O relator refutou tal argumentação, alegando que o projeto está em fase piloto. *“A adoção do projeto é progressiva e escalonada, e leva em consideração a necessidade de disponibilização de recursos humanos e estrutura física necessária para sua implantação”*, afirmou Silveira.

Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/cnj-arquiva-manifestacao-anamages-audiencia-custodia>

Só uma pessoa, de um total de 77 que foram autuadas, teve relaxamento de prisão no primeiro fim de semana de funcionamento do programa Audiência de Custódia no Espírito Santo. A prisão preventiva foi decretada para 32 pessoas. Outras 26 receberam a liberdade provisória sem o monitoramento eletrônico e 18 liberados, mas com a determinação de usar a tornozeleira eletrônica. Segundo a coordenadora do programa no estado, juíza Gisele Souza de Oliveira, a maior parte dos registros foram de roubo e comercialização de drogas, mas foram registrados também delitos referentes à Lei Maria da Penha, acidentes de trânsito e furto. *“O movimento foi maior do que o esperado, sendo que na sexta-feira um número maior de prisões é registrado devido ao*

alto consumo de álcool e drogas”, disse. “Neste primeiro momento, estamos analisando o programa. Vamos realizar mudanças em algumas rotinas e avaliar o que funcionou e o que não deu certo, para ajustarmos”, acrescentou a juíza. O Judiciário do Espírito Santo começou a promover na sexta-feira (22/5) as audiências, que fixam prazo de 24 horas para juízes ouvirem presos em flagrante. O modelo foi desenhado pelo Conselho Nacional de Justiça. A ideia é que o juiz avalie se pode conceder liberdade ou aplicar medidas cautelares. A avaliação é feita no centro de triagem do Complexo Penitenciário de Viana, que recebe todas as pessoas autuadas em delito na Grande Vitória. O Espírito Santo é a segunda unidade da Federação a adotar o projeto, que funciona em São Paulo desde fevereiro deste ano. Com informações da Assessoria de Imprensa do TJ-ES. <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/estreia-audiencias-custodia-es-mantem-41-prisoas>

O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul pretende implantar ainda em 2015 as audiências de custódia. A previsão foi anunciada pelo presidente da seccional gaúcha da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcelo Bertoluci, depois de se reunir com o presidente do TJ-RS, desembargador José Aquino Flôres de Camargo, e com o corregedor do tribunal, desembargador Tasso Delabary. O presidente do TJ-RS afirmou que já vem debatendo o assunto com representantes da Defensoria Pública e do Ministério Público. Camargo anunciou o início da elaboração do Termo de Cooperação que irá viabilizar a implantação

das audiências no estado. “As audiências de custódia asseguram a disposição constitucional que preserva e dignidade da pessoa humana. Nesse quesito, vai diretamente ao encontro do que é sustentado pela seccional gaúcha, na medida em que preserva e assegura os direitos humanos”, apontou o presidente da OAB-RS. Segundo Bertoluci, a iniciativa também vai abrir o campo de atuação para os advogados. O debate decorre de [convênio firmado, no final de abril](#), entre o Conselho Federal da OAB e o CNJ para estimular o projeto em todos os estados. O conselho adota como justificativa um acordo firmado pelo Brasil em 1992, quando assinou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Segundo o CNJ, já manifestaram interesse em fazer parte da iniciativa os judiciários de Minas Gerais, Amazonas, Tocantins, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Ceará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Um projeto de lei sobre o tema ([PL 554](#)) tramita desde 2011 no Senado. Com informações da Assessoria de Imprensa da OAB-RS e do TJ-RS. (Revista Consultor Jurídico, 7 de junho de 2015, 7h33 - <http://www.conjur.com.br/2015-jun-07/rs-planeja-implantar-audiencias-custodia-antes-fim-ano>).

Por fim, atente-se que tramita no Senado o Projeto de Lei nº. 554 de 2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares que visa a alterar o § 1º do art. 306 do 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.

Comentando este projeto de lei, Caio Paiva afirma:

"O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, responsável por estatuir o novo Código de Processo Penal brasileiro, foi aprovado naquela Casa no dia 08/12/2010, sendo posteriormente encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão, em conformidade com o que dispõe o art. 65, caput, da Constituição Federal: "O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar". O art. 14, caput, do texto aprovado no Senado prevê o denominado "juiz das garantias", responsável "pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário", competindo-lhe, entre outras funções, a de "zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença" (inciso III). Tal dispositivo atende aos fins da CADH? Obviamente que não, pois, além de estabelecer que a condução do preso à presença da autoridade judicial consistirá numa faculdade do "juiz das garantias", o Projeto do NCPP (Novo Código de Processo Penal) mantém o sistema cartorial quando regula o procedimento da análise do auto de prisão em flagrante. Vejamos: "Art. 553. Observado o disposto no art. 545, em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. 1º Cópia integral do auto de prisão em flagrante será encaminhada à Defensoria Pública no mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, salvo se o advogado ou defensor

público que acompanhou o interrogatório já a tiver recebido. 2º Também no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas. Art. 554. Na ausência de autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à da comarca mais próxima. Art. 555. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; ou III – arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares mais adequadas às circunstâncias do caso; IV – conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. A concessão de liberdade provisória na forma do inciso IV do caput deste artigo somente será permitida se o preso for pobre e não tiver condições de efetuar o pagamento da fiança”. O NCPP não avança, portanto, em nada na matéria, mantendo a legislação processual penal do Brasil refratária aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A possibilidade/faculdade de o juiz determinar que o preso lhe seja apresentado não veicula nenhuma novidade, pois, além de tal expediente decorrer – de forma implícita – do CPP de 1941, a Lei nº 7960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, já estabelece há bastante tempo que “O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a

exame de corpo de delito” (art. 2º, § 3º). Importante ressaltar, porém, que a realização da audiência de custódia foi objeto de debate (e rejeição) quando da tramitação do PLS 156/2009. Vejamos as duas emendas apresentadas pelo então Senador José Sarney a respeito do tema: “Emenda nº 170 Dá-se a seguinte redação ao art. 551: Art. 551. Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será apresentado ao juiz competente o preso em flagrante, juntamente com o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas. Parágrafo único. Nas comarcas em que a autoridade judiciária não estiver presente todos os dias, o preso será apresentado na primeira oportunidade em que o juiz comparecer na comarca” A justificativa apresentada pelo Senador: “Há mais de uma década, desde a ratificação e promulgação internas, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, existe, em nosso ordenamento legal, o dever das autoridades policiais rapidamente apresentarem a um juiz de direito, o preso em flagrante. Não é sem motivo que essa disposição consta dos diplomas internacionais, tratando-se de importantíssimo instrumento de combate à tortura policial. Além disso, o novo Código de Processo Penal deverá estar em sintonia com os referidos Diplomas Internacionais”. E a segunda emenda, de nº 171: “Dê-se a seguinte redação ao art. 553, que passa a ter a seguinte redação: Art. 553. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, na presença do preso e após ouvi-lo, deverá: (...)” A justificativa: “Em consonância com o artigo 9º.3 da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos, e com o artigo 7º.5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque[4], deve o juiz (no caso do projeto, o ‘juiz das garantias’) decidir na presença do acusado, de seu defensor e do membro do Ministério Público sobre o relaxamento ou não do flagrante (na hipótese de haver nulidade), a sua manutenção ou revogação com a concessão de liberdade provisória mediante fiança ou sem fiança, ou ainda sobre a imposição de outra medida cautelar pessoal que seja substitutiva da prisão, que não somente o monitoramento eletrônico, mas qualquer outra medida menos intensa e invasiva”.Ambas as emendas apresentadas pelo então Senador José Sarney foram rejeitadas no relatório final do Senador (relator) Renato Casagrande, que assim se manifestou:“Não vemos em que a redação do art. 551 do projeto do novo CPP possa ferir tratados internacionais de que o Brasil é signatário. São as próprias normativas internacionais citadas na justificativa que abrem a possibilidade de que o preso seja conduzido à presença de ‘outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais’, papel que em nosso ordenamento é exercido pelo delegado de polícia judiciária”.O citado relatório/parecer foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 08/12/2010, rejeitando-se de vez, então, as emendas 170 e 171 propostas por José Sarney. A fundamentação utilizada pelo relator, no sentido de considerar o delegado de polícia “autoridade judicial” para fins de cumprimento da normativa internacional prevista na CADH, conforme já adverti aqui nesta Série, no texto “A quem o preso deve ser apresentado?”, é claramente equivocada e contradiz a jurisprudência da Corte Interamericana. Para que a audiência de custódia

seja garantida no NCPP, resta aguardarmos que a Câmara dos Deputados suscite novamente a matéria." Fonte: <http://justificando.com/2015/05/14/na-serie-de-audiencia-de-custodia-a-primeira-tentativa-no-novo-cpp/>

Nada obstante a clareza solar da questão ora analisada, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

*"PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO IMEDIATA DO PRESO AO MAGISTRADO. OFENSA AO Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. DESCABIMENTO. A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL CINGE-SE À COMUNICAÇÃO DA PRISÃO E DO LOCAL ONDE A PESSOA SE ENCONTRE PARA FINS DE ANÁLISE DA LEGALIDADE, NORMA ESSA DE EFICÁCIA PLENA, DE EFEITO IMEDIATO E ILIMITADO (CR, ART. 5º, INCISO LXII). CORRESPONDÊNCIA COM A DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 306 DO CPP. ORDEM DENEGADA (TJSP – HC n. 2198503-45.2014.8.26.0000-São Paulo, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Diniz Fernando, em 26/01/15).
“Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, 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. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a. Esta autoridade a função de receber*

e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, In concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante” (TJSP – HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000- Rel. Guilherme de Souza Nucci, em 12.05.2015)."

Comentando a decisão, André Nicolitt, Bruno Cleuder de Melo e Gustavo Rodrigues Ribeiro, afirmaram que o "*acórdão é fruto de uma má compreensão dos tratados e do sistema de direitos fundamentais instituído pela CRF/888.A Constituição do Brasil possui um sistema aberto de direitos fundamentais, como se extrai do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. A abertura de nosso sistema está definida com a seguinte redação: (§ 2.º) “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição do Brasil, ao sair do catálogo, remeteu-nos à própria Constituição (regime e princípios por elas adotados) e aos tratados internacionais.Quanto aos tratados internacionais, embora o Texto Constitucional tenha se referido apenas a “tratados”, não há razão para interpretação restritiva da qual decorreria a exclusão das convenções e dos pactos. A doutrina se inclina a reconhecer na expressão “tratado” um gênero que abriga diversas espécies, como os pactos e as convenções. Os direitos fundamentais previstos tanto em tratados quanto em pactos e convenções internacionais podem enunciar direitos fundamentais, nos termos do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988.Ilustra-se muito nesta categoria o direito de recorrer da sentença, o chamado duplo grau de jurisdição (art.*

8.º, item 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e art. 14, item 5 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966). Pode-se falar, ainda, do direito do preso de ser apresentado “sem demora” à autoridade judicial, constante do art. 7.º, item 5 do Pacto de São José da Costa Rica e de igual maneira no art. 9º, 3 do Pacto internacional sobre direitos cíveis e políticos. No que tange aos direitos fundamentais previstos em “tratados”, há uma discussão interessante, relativamente ao status jurídico do ingresso destes direitos no ordenamento jurídico, notadamente em razão do § 3.º do art. 5.º da CF/1988. Indaga-se: os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais estão na mesma posição hierárquica da norma Constitucional, inclusive se beneficiando de proteção como cláusula pétrea e servem de referência para o controle de constitucionalidade, ou estão no mesmo nível das leis infraconstitucionais, ou ainda estariam entre a Constituição e as leis? Comungamos do entendimento no sentido de que os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico se aglutinando à Constituição material e com status equivalente, por força do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988. Este porém não é o entendimento do STF que, embora não unânime, insiste em negar a natureza constitucional destas normas, afirmando estarem os tratados abaixo da Constituição e acima das leis conforme se extrai do RE 349.703. Assim, seriam eles infraconstitucionais e supralegais. Contudo, o Min. Celso de Mello espousa entendimento no sentido de que os tratados são formalmente constitucionais ut HC 90.450. Não obstante, não há dúvida de que os tratados e convenções

sobre direitos humanos ingressaram no Brasil e possuem posição hierárquica superior a das leis infraconstitucionais, seja na nossa perspectiva seja na do STF. Portanto, a exigência da audiência de custódia está acima das leis ordinárias, devendo a aplicação do CPP e sua interpretação ser conforme os tratados, não podendo ser incompatíveis com os mesmos. É preciso entender que a garantia da audiência de custódia situa-se nos tratados como mecanismo que visa assegurar o direito de liberdade. A ideia reside exatamente em levar o preso a presença de autoridade capaz de restabelecer o direito de liberdade. Com efeito, a apresentação sem demora possibilita ao juiz verificar não apenas a legalidade da prisão, como também sua necessidade, garantindo também o exercício do contraditório, o que o CPP, na dicção dos art. 306 e 310 não asseguram. Note-se que, a autoridade prevista em lei deve ter o poder de restabelecer a liberdade. O delegado de polícia não possui em nosso sistema tal poder. O máximo que pode é conceder a fiança nos crimes cuja pena seja de até 04 anos. Nos demais casos (leia-se: nos crimes cuja pena seja superior a 04 anos; e até mesmo nos de pena até 04 anos, quando o agente não prestar a fiança arbitrada pelo delegado), mesmo entendendo desnecessária a custódia (por entender ausentes os requisitos da prisão preventiva), encaminhará o ser humano para o cárcere e aguardará a decisão do juiz. Bom seria que o delegado tivesse este poder, vez que quanto mais agentes públicos pudessem tutelar a liberdade melhor. Mas no quadro atual, o delegado não tem poder de tutelar a liberdade para além das hipóteses de crimes punidos com pena de até 04 anos (e até mesmo nesses, quando o agente não

prestar a fiança arbitrada). Na verdade, antes do ato jurídico do delegado que lavra o flagrante não temos verdadeiramente prisão, temos apenas captura. A custódia só existe a partir da lavratura do APF. Neste sentido, a exigência é de que o custodiado seja apresentado e não o capturado. Até porque não é da tradição “prender” (capturar) e não levar ao delegado para tornar jurídico o ato. Do contrário o que haveria era sequestro, desaparecimento forçado, etc. Assim, não há dúvidas de que o Delegado de Polícia nos termos da atual legislação não atende aos fins colimados nos tratados quando exigem a audiência de custódia. O que o acórdão pretende é dar uma interpretação que cria um garantidor para inglês ver, pois o preso é apresentado para alguém que não tem o pleno poder de soltar. Portanto, analisando de forma crítica a proposição delineada pelo Des. Nucci, de que na atual conjectura legal do processo penal brasileiro teria a atribuição de garantia irrestrita de liberdade, ter-se-ia, na esteira da clássica definição do filósofo alemão Jünger Habermas uma contradição performativa, eis que a própria proposição não se coaduna com os pressupostos pragmáticos do ato de fala que a incorpora. Neste sentido, em termos mais claros, de nada adianta atribuir ao Delegado de Polícia função de garantia que não pode cumprir por ausência de disposição legal, ou, ainda, no mais simples jargão popular, “dar com uma mão e tomar com outra”, eis que a Autoridade responsável pela tutela da liberdade não poderá concedê-la. Lendo o voto do Des. Nucci, o que se extrai dos fatos é que o indivíduo foi preso em 19 de janeiro de 2015 e como o voto é de 12 de maio de 2015, imaginamos que o HC não restou prejudicado, isto é, continua preso e sem ter sido

apresentado ao magistrado há quase 05 meses. Consta também do voto informação de que se tratava de acusado primário e com bons antecedentes acusados de tráfico o que por si só indica a desproporcionalidade da medida, vez que em tese admite-se no caso a substituição da pena definitiva em se seguindo a orientação pacífica do STF. Não obstante, o fundamento da prisão é a garantia da ordem pública o que já reputamos inconstitucional em outros escritos. De nossa parte entendemos o seguinte: a prisão lavrada pelo delegado pode ser legal. Comunica ao Juiz em 24 horas. Este a converte e passa ser a autoridade que mantém a custódia. Uma vez convertida deve designar audiência de custódia para apresentação do preso sem demora. Configurada a demora na audiência, há ilegalidade superveniente e a prisão deve ser relaxada. Em resumo, a decisão que converte a prisão após a comunicação desta pelo Delegado de Polícia não afasta o dever do juiz de garantir ao preso o direito de ser levado “sem demora” até a autoridade que tem o poder de conceder-lhe a liberdade. Não autoriza o juiz a manter a prisão por meses até que se realize a AIJ ocasião em que o preso vai ser interrogado. As normas do CPP (art. 306 e 310) e dos tratados internacionais, no que tangem a audiência de custódia, convivem tranquilamente. Há que se destacar que o tema da audiência de custódia ganhou força em razão da pressão internacional que recai sobre o Brasil por descumprimento dos tratados, pelas violações de direitos humanos destacadamente pelo alarmante número de presos provisórios. A toda evidência o grande responsável por isso é o judiciário. Daqui há pouco vão querer dizer também que outras autoridades é que são os

responsáveis por todos os problemas decorrentes do encarceramento e massa e tudo que daí decorre. Definitivamente não! No sistema constitucional em vigor é o juiz que prende e o juiz que solta e ele o responsável por todos os problemas que decorrem de sua atividade. Vislumbramos profundo equívoco do acórdão ao tentar ver no Delegado autoridade capaz de atender aos fins previstos no Pacto de São José e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Trata-se na verdade de uma contradição performática na qual se afirma proteger a liberdade restringindo-a na medida em que institui como garantidor alguém que não tem o pleno poder de libertar." Fonte: <http://emporiododireito.com.br/analise-critica-do-voto-do-des-guilherme-de-souza-nucci-tjsp-o-delegado-de-policia-nao-faz-audiencia-de-custodia-por-andre-nicolitt-bruno-cleuder-de-melo-e-gustavo-rodrigues-ribeiro/>

O programa Audiência de Custódia, em funcionamento no Espírito Santo desde 22 de maio de 2015, recebeu apoio de um importante agente em defesa dos direitos humanos, a Organização Não Governamental Human Rights Watch. Junto com uma delegação de especialistas da universidade americana de Yale na área do Direito Criminal, o grupo reuniu-se com o presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, para manifestar apoio ao projeto. Coordenadora do Audiência de Custódia no Espírito Santo, a juíza Gisele Souza de Oliveira recebeu a notícia com muita satisfação. *"O apoio dessa entidade, que é uma das mais respeitadas do mundo na área de direitos humanos, confere um*

elevado respaldo político e jurídico ao projeto, e nos encoraja e incentiva a ampliá-lo com vistas a incluir outras Comarcas que ainda não fazem parte dele. O Audiência de Custódia é um trabalho coletivo, em que um grupo de juízes trabalha diuturnamente, inclusive nos finais de semana. Essa é uma vitória de todos”, pontuou a Magistrada. No Espírito Santo, da implantação do programa até o dia 11 de junho de 2015, foram 410 apresentações ao juiz plantonista que resultaram na realização de 337 audiências. Deste total, 185 prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva. Ao todo, foram expedidos 224 alvarás de soltura: em 10 casos houve relaxamento da prisão; em 25 foi deferida liberdade provisória sem fiança; em outros 14 foi concedida liberdade provisória com fiança (porém um dos custodiados não pagou o valor estipulado); em outros 172 julgamentos houve deferimento de liberdade provisória sem fiança e com medida cautelar. Por fim, em outros quatro casos foi deferida a liberdade provisória com fiança e medida cautelar. Além das citadas decisões, 159 custodiados foram encaminhados para atendimento psicossocial. Em entrevista, o Ministro Ricardo Lewandowski reforçou a necessidade de se mudar a “cultura do encarceramento” e pediu o apoio dos governantes na execução do projeto. No Espírito Santo, o Tribunal de Justiça conta com o auxílio da Secretaria de Estado de Justiça (Sejus), Defensoria Pública e Ministério Público: *“Quando virem que nós estamos limpando as prisões e criando espaço para os presos realmente perigosos eles vão colaborar. É o que está acontecendo no Espírito Santo.”* Também em declaração para a imprensa do CNJ, o representante da ONG Human Rights Watch para as

Américas, Daniel Wilkinson, afirmou que o Audiência de Custódia é um dos mais importantes avanços para a área de Direitos Humanos em atividade no Brasil. O ativista reforçou que a comunidade internacional está acompanhando o projeto e já verifica que algo prático acontece por meio de uma grande força-tarefa. (Disponível em http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13319:ong-internacional-elogia-audiencia-de-custodia&catid=3:ultimasnoticias).

O Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário do Maranhão e o Governo do Estado assinaram no dia 22 de junho de 2015, em São Luís (MA), um termo de compromisso destinado à reestruturação do sistema carcerário e de execução penal do estado, considerado um dos mais problemáticos do país. As medidas previstas no termo de compromisso representam também uma resposta do Estado brasileiro às cobranças de organismos internacionais por providências que impeçam mortes e violações de direitos humanos no sistema penitenciário do estado, principalmente no Complexo de Pedrinhas. Em dezembro de 2013, relatório produzido pelo CNJ apontou a morte de 60 presos dentro do Complexo de Pedrinhas e de outras unidades prisionais do estado. O documento apontou ainda outras violações dos direitos humanos, como a superlotação e a falta de segurança para detentos e parentes de presos – algumas das quais seriam submetidas a estupros, segundo denúncias de detentos. As mortes e violações aos direitos humanos em Pedrinhas levaram a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos a cobrar do governo brasileiro uma solução para o problema. O termo assinado nesta segunda-feira traz mais de 20

compromissos assumidos pelo governo maranhense e pelos órgãos do Judiciário para a adequação do sistema prisional do estado. As medidas são direcionadas a três objetivos: a reestruturação do sistema carcerário, o aprimoramento da rotina de execução penal e a consolidação das audiências de custódia no estado, com adequação do programa ao projeto do CNJ. “Esse convênio significa um esforço de colaboração de várias entidades. Não apenas do CNJ, do TJ-MA, mas também do Ministério da Justiça, do governo do estado, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da OAB. Com isso, não apenas resolvemos um aspecto de natureza prática, material, como também damos esperança para aqueles que estão presos”, afirmou o Ministro Lewandowski. O acordo prevê a adesão dos órgãos locais ao projeto Audiência de Custódia, do CNJ. O estado foi o primeiro a implementar as audiências de custódia no país, em outubro de 2014, mas a iniciativa desenvolvida no estado é diferente do projeto nacional, implementado pelo CNJ em São Paulo e no Espírito Santo. Uma das principais diferenças entre os dois projetos diz respeito ao chamado “escopo restaurativo”, contido na proposta do CNJ, que prevê a criação ou fortalecimento de centrais integradas de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. Essas centrais serão responsáveis por apresentar ao juiz opções ao encarceramento provisório. Além disso, o projeto do CNJ estabelece prazo máximo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante ao juiz, o que ainda não acontece no Maranhão. “Com as audiências de custódia, o encarceramento provisório no estado vem diminuindo”, afirmou a Dsembargadora Cleonice Silva Freire. A ideia é que o alinhamento do estado ao projeto nacional resulte na

ampliação e no fortalecimento das audiências de custódia no estado, com a criação ou fortalecimento das estruturas voltadas às penas alternativas, implantação do atendimento aos finais de semana e interiorização da iniciativa. Atualmente as audiências são realizadas apenas na Central de Inquéritos de São Luís. O termo de compromisso estabelece ainda medidas direcionadas à saúde e à reintegração social de egressos do sistema prisional, como a aproximação com as entidades do "sistema S" (Senai, Senac, Senar, Sesi, etc) para a capacitação e colocação profissional de ex-detentos e a criação de ambientes próprios para oficinas de trabalho, aulas e cursos profissionalizantes nas unidades prisionais. Outro ponto importante do acordo é a conclusão de quatro presídios no interior do estado e um na capital, totalizando um investimento de ao menos R\$ 35,6 milhões na criação de 1.134 novas vagas (veja detalhes na tabela abaixo). O governo se compromete ainda a concluir a reforma e ampliação dos presídios dos municípios de Balsas, Pedreiras, Açailândia e Codó, com a criação de outras 564 vagas. As novas vagas servirão para que presos que cumprem pena na capital sejam transferidos para presídios no interior, próximos a sua família. “Esse termo permitirá avançar ainda mais na modernização do sistema penitenciário maranhense, na medida em que poderemos estruturar melhor o sistema penitenciário, seja com medidas quantitativas, ou seja, mais vagas, seja com medidas qualitativas, uma melhor gestão”, afirmou o governador Flávio Dino, durante a cerimônia de assinatura realizada na sede do governo. Segundo o governador, o número de mortes e fugas no sistema penitenciário maranhense diminuiu 60% nos últimos cinco meses. Fonte: CNJ. No Direito Comparado conferir o art. 132 do Código Procesal Penal do Chile, o art. 505 da Ley

de Enjuiciamento Criminal da Espanha, art. 128 do Código de Processo Penal alemão (StPO) e o art. 266 do Peru.

A Justiça do Espírito Santo ouviu 630 presos em flagrante desde o dia 22 de maio de 2015, quando [implantou projeto](#) que obriga audiências de custódia em 24 horas. Desse total, 317 foram soltos até o dia 22 de junho de 2015, o que equivale a 50,63%, de acordo com balanço divulgado no dia 26 de junho. E 2,76% das pessoas liberadas voltaram a cometer algum crime. Do total de presos indiciados, 311 tiveram a prisão provisória convertida em preventiva. Quinze conseguiram relaxamento da prisão, e outros 254 tiveram a liberdade provisória decretada sem o pagamento de fiança, mas com aplicação de medida cautelar. Foi concedida liberdade provisória sem pagamento de fiança a 26 presos e com pagamento de fiança a outros 19. Em cinco casos foi decretada a liberdade provisória do preso mediante o pagamento de fiança e a imposição de medida cautelar. O levantamento aponta também que 227 presos foram encaminhados a algum tipo de atendimento assistencial oferecido pelo estado, como o acesso a cursos profissionalizantes e o encaminhamento a atendimento psiquiátrico ou a órgãos voltados ao tratamento de usuários de drogas. Os autos de prisão foram recebidos no Centro de Triagem do Complexo Penitenciário, que concentra os flagrantes registrados nos municípios de Vitória, Serra, Cariacica, Vila Velha e Viana. Pela regra do TJ-ES, o juiz deve questionar o perfil de cada pessoa (nível de escolaridade, profissão e local onde mora, por exemplo) e as circunstâncias da prisão, sem antecipar o mérito. É obrigatória a presença de um promotor e de um defensor público ou advogado. “*Além*

de humanizar o atendimento, economizamos recursos para o estado”, afirma o presidente do TJ-ES, desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça. Ele calcula que, no primeiro mês de funcionamento, o projeto economizou cerca de R\$ 1 milhão para o estado, caso tivesse de bancar os custos dos custodiados. “A metodologia desenhada para o desenvolvimento das ações compreendidas pelas audiências de custódia apresenta-se como um modelo para o país, sobretudo no que respeita à aplicação de medidas cautelares com enfoque restaurativo e inclusivo”, afirma Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, coordenador do departamento do CNJ responsável pelo sistema carcerário. Com informações da Agência CNJ de Notícias. Fonte: Revista Consultor Jurídico, 26 de junho de 2015, 20h16 (Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jun-26/mes-audiencias-custodia-es-soltam-50-presos>).

O Conselho Nacional de Justiça prevê que até outubro de 2015 mais 14 estados implantem as audiências de custódia. A Justiça Federal também deve fazer a adesão em um projeto piloto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Os termos devem ser assinados nas capitais de Minas Gerais, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Paraná ainda neste mês. Em agosto será a vez dos estados do Amazonas, Tocantins, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Ceará, Santa Catarina e Bahia. Já Goiás e Roraima indicaram que devem implantar as audiências de custódia, porém ainda não há confirmação da data em que acordo será firmado. (<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/14-estados-aderir-audiencias-custodia-outubro>).

A propósito da audiência de custódia, [Aury Lopes Jr e Alexandre Morais da Rosa](#) escreveram o seguinte:

"Não raras vezes a notícia de um crime nos assusta e joga com o nosso imaginário. Se somos humanos, ao lermos um auto de prisão em flagrante ou uma denúncia descrevendo, por exemplo, a conduta de Paulo K., consistente em ter entrado numa casa, pela madrugada, para o fim de subtrair bens e, no seu percurso, ter sido flagrado pela moradora, senhora idosa, a qual desferiu dois tiros, sem que tivesse morrido, fugindo, na sequência do local do crime e, depois, preso pela polícia, teríamos que preencher as lacunas. Não lembraríamos de um rosto doce, respeitador, educado, mas sim de um sujeito que congrega em si os atributos do mal. Essa conduta humana (preencher os espaços desprovidos de informação) cria o que se denomina de efeito priming, ou seja, o efeito que a rede de associações de significantes opera individualmente sem que nos demos conta, fundados naquilo que acabamos de perceber, mesmo na ausência de informações do caso. Daí que a simples leitura da peça acusatória ou do auto de prisão em flagrante gera, aos metidos em processo penal, a antecipação de sentido. Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do "criminoso" que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a

motivação. Lembre-se que a prisão cautelar é sempre processual, isto é, não servem para antecipar a pena, devendo-se fundamentar a excepcionalidade da contenção cautelar, crítica que já fizemos anteriormente. Daí ganhar importância o dispositivo estatal para análise das razões da prisão cautelar face-to-face. Respeito às regras do jogo processual. Essa invectiva é lançada por nós faz anos em textos, assim como de boa parte dos juristas preocupados em estabelecer um padrão mínimo de normas processuais aptas a garantia do devido processo legal substancial. Recentemente discorremos sobre a importância de se conhecer as Convenções de Direitos Humanos, plenamente em vigor no Brasil, indicando o livro de Nereu Giacomolli. A partir disso, o controle de compatibilidade das leis não se trata de mera faculdade conferida ao julgador singular, mas sim de uma incumbência, considerado o princípio da supremacia da Constituição. No exercício de tal controle deve o julgador tomar como parâmetro superior do juízo de compatibilidade vertical não só a Constituição da República (no que diz respeito, propriamente, ao controle de constitucionalidade difuso), mas também os diversos diplomas internacionais, notadamente no campo dos Direitos Humanos, subscritos pelo Brasil, os quais, por força do que dispõe o artigo 5º, parágrafos 2º e 3º^[1], da Constituição Federal, moldam o conceito de "bloco de constitucionalidade" (parâmetro superior para o denominado controle de convencionalidade das disposições infraconstitucionais). No que concerne especificamente ao chamado controle de convencionalidade das leis, inarredável a menção ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, da relatoria do ministro

Gilmar Mendes, no qual ficou estabelecido o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à hierarquia das normas jurídicas no direito brasileiro. Assentou o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionada a Direitos Humanos têm natureza infraconstitucional e supralegal — à exceção dos tratados aprovados em dois turnos de votação por três quintos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional, os quais, a teor do art. 5º, §3º, CR, os quais possuem natureza constitucional: “PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº

10.406/2002). [...] (RE 349703. Relator: Min. Carlos Ayres Britto). Logo, cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados "treaty bodies" – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente. E o direito do acusado ser apresentado perante um Juiz, no prazo de 24 horas, portanto, não é nenhuma novidade legislativa. Simplesmente não era aplicado, mas é regra válida do jogo processual. O Conselho Nacional de Justiça, assim, ao apontar pela efetivação da audiência de custódia, não inventou nada: "O objetivo do projeto é garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-

tratos, entre outras irregularidades.”Entretanto, longe de condenarmos os que estão contra a realização da audiência de custódia, apenas sublinhamos que o viés do status quo é a máxima entoada por boa parte deles. Novidades, alterações, modificações no padrão de ação significam a necessidade de desgastes, novas rotinas, enfim, a revisão do que estão fazendo há anos. A ideia de manter as coisas como estão (bem ou mal) e demasiadamente humana. O imobilismo de sempre fazer o mesmo acaba tomando o lugar do cumprimento da lei. Podemos, assim, dizer que desde a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao ordenamento brasileiro, ausente audiência de custódia (artigo 7º, 5), todas as prisões são ilegais, conforme decidiu recentemente, em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública do RJ (defensor Eduardo Newton), o desembargador Luiz Noronha Dantas. Evidentemente que existirão questões de adequação e certo tempo para implementação efetiva, como, aliás, acontece em diversos países latinos e inclusive nos Estados Unidos. Em todos eles a audiência de custódia se realiza e, nela, mediante razões em contraditório, decide-se sobre a manutenção ou não da custódia e de eventuais medidas cautelares. Aliás, a iniciativa reconhece a necessidade de evolução paulatina, partindo das seguintes premissas: “a) as apresentações dos autuados têm que ser ininterruptas (inclusive aos sábados, domingos, feriados, e recesso), b) deve haver estrutura séria e factível, facilitada pelo executivo, em condições de oferecer opções reais e concretas ao encarceramento provisório, c) o monitoramento constante e permanente dos resultados da experiência é condição essencial para corrigir eventuais desvios da experiência que se

estará realizando, em tempo real e d) necessidade de prévia capacitação conceitual e instrumental de todos os envolvidos com a novel rotina processual garantista."No caso narrado acima, o subscritor Alexandre, designou uma audiência para analisar a prisão do agente, tendo se verificado que seria impossível, pelas características do conduzido e, também, pela forma como foi preso, ser o autor da infração. Depois a absolvição foi confirmada em sentença, sem recurso da acusação. Mas a leitura do auto de prisão em flagrante fez com que o acusado ficasse preso até ao que hoje chamamos de audiência de custódia. Teria ficado até a instrução se fosse jogar apenas com o imaginário preenchimento de lacunas. Teremos, por certo, problemas. A informática e a videoconferência poderão nos ajudar. O que devemos ter, gostemos ou não, é respeito pelas regras do jogo. E nelas, a audiência de custódia é condição de possibilidade à prisão cautelar. A magistratura precisa cumprir as leis. Concordem ou não, já que não há inconstitucionalidade. Evidentemente que a cultura encarceradora não se muda por mágica, nem pela audiência de custódia, mas podemos, ao menos, mitigar a ausência de impacto humano." (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>).

E continuam os mesmos autores:

"Dando continuidade à nossa [análise](#) acerca da audiência de custódia, vamos tratar hoje do Projeto implantando em São Paulo através do Provimento Conjunto 3/2015, da presidência do Tribunal de Justiça do estado, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça. A iniciativa é muito importante e alinha-se com a

*necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro, adequando-se ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que determina: “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 e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”*Em diversos precedentes a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato — que proporciona a audiência de custódia — é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, pois corresponde ao julgador “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária, e procurar, em geral, que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência”, conforme julgado no caso *Acosta Calderón contra Equador*. A Corte Interamericana entendeu que a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”. Nesta linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante para homologação ou relaxamento, não são suficientes para dar conta do nível de exigência convencional. No Caso *Bayarri*

contra Argentina, a CIDH afirmou que “o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou manutenção da privação da liberdade” sob pena de “despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5. da Convenção”. Mas outras duas questões podem ser discutidas à luz do artigo 7.5. A primeira é: o que se entende por “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”? A intervenção da autoridade policial, do delegado, daria conta dessa exigência? Entendemos que não. Primeiro porque o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem propriamente ‘funções judiciais’. É uma autoridade administrativa despida de poder jurisdicional ou função judicial. Em segundo lugar a própria CIDH já decidiu, em vários casos, que tal expressão deve ser interpretada em conjunto com o disposto no artigo 8.1 da CADH, que determina que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Com isso, descarta-se, de vez, a suficiência convencional da atuação do Delegado de Polícia no Brasil. O segundo ponto que poderia suscitar alguma discussão diz respeito a expressão “sem demora”. A apresentação do detido ao juiz deve ocorrer em quanto tempo? A CIDH já reconheceu a violação dessa garantia quando o detido foi apresentado quatro dias após a prisão (Caso Chaparro Alvarez contra Equador) ou cinco dias após (Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores contra México). No Brasil, a tendência (inclusive no PLS 554/2011) é seguir a tradição das 24 horas já consolidada no regramento legal da prisão em flagrante. No projeto de

São Paulo, o artigo 3º determina que “a autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia”, bem como que “o auto de prisão em flagrante será encaminhado, na forma do artigo 306, § 1º, do CPP, juntamente com a pessoa detida”. Uma vez apresentado o preso ao juiz, ele será informado do direito de silêncio e assegurada a entrevista prévia com defensor (particular ou público). Nesta ‘entrevista’ (não é um interrogatório, portanto), o artigo 6º, § 1º determina expressamente que “não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.” Eis um ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido. Uma medida fundamental em que, ao mesmo tempo, humaniza-se o ritual judiciário e criam-se as condições de possibilidade de uma análise acerca do periculum libertatis, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas do artigo 319 do CPP. Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, a fiança. Infelizmente, como regra, os juízes não utilizam todo o potencial contido no artigo 319 do CPP, muitas vezes até por falta de informação e conhecimento das circunstâncias do fato e do autor. Contudo, em alguns casos, essa

*entrevista vai situar-se numa tênue distinção entre forma e conteúdo. O problema surge quando o preso alegar a falta de *fumus commissi delicti*, ou seja, negar autoria ou existência do fato (inclusive atipicidade). Neste caso, suma cautela deverá ter o juiz para não invadir a seara reservada para o julgamento. Também pensamos que eventual contradição entre a versão apresentada pelo preso neste momento e aquela que futuramente venha utilizar no interrogatório processual, não pode ser utilizada em seu prejuízo. Em outras palavras, o ideal é que essa entrevista sequer viesse a integrar os autos do processo, para evitar uma errônea (des)avaliação. Neste sentido, melhor andou o PLS 554/2011 ao dispor que “a oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.” Uma vez ouvido o preso, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao defensor público para manifestação, e decidirá, na audiência fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do CPP, acerca da homologação do flagrante ou relaxamento da prisão e, após, sobre eventual pedido de prisão preventiva ou medida cautelar diversa. Aqui é importante sublinhar, uma vez mais, que a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante pedido do Ministério Público (presente na audiência de custódia), jamais de ofício pelo juiz (até por vedação expressa do artigo 311 do CPP. A tal ‘conversão de ofício’ da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola*

frontalmente o artigo 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo (felizmente) sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar. A audiência de custódia representa um grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas. Voltando para o projeto de São Paulo, infelizmente, ele apresenta dois pontos perigosos:— Possibilidade de dispensa da apresentação do preso: o artigo 3º, § 2º do Provimento estabelece que 'fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem;— Não realização durante o plantão: segundo o artigo 10, não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (artigo 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (artigo 1127, II, NSCGJ). São medidas que podem esvaziar completamente a finalidade da audiência de custódia, mantendo o estado atual da arte, em que basta a simples remessa do auto de prisão em flagrante e a burocrática e distanciada decisão do juiz. Outra situação muito preocupante (agora em relação ao PLS 554/2011) está contida na Emenda Substitutiva do senador Francisco Dornelles (PP-RJ), que permite substituir a apresentação pessoal do preso ao juiz pelo sistema de videoconferência. Tal medida exige uma leitura mais ampla, para compreender-se que mata o caráter antropológico e humanista da audiência de

custódia. Substituir a apresentação pessoal por uma oitiva por videoconferência é coisificar o preso e inseri-lo no regime asséptico, artificial e distanciado do online, matando ainda a possibilidade de controle dos eventuais abusos praticados no momento da prisão ou da lavratura do auto. Não é preciso maior esforço para verificar que tal emenda substitutiva vem para atender os interesses de esvaziamento do instituto, para que se dê conta, apenas formalmente (e ilusoriamente), da exigência convencional, estando ainda em completa discordância com os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos anteriormente citados. Não rejeitamos a hipótese excepcional da videoconferência, sem que seja a regra. Enfim, não há porque temer a audiência de custódia, ela vem para humanizar o processo penal e representa uma importantíssima evolução, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado o poder de desprezar." (http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2).

Para eles, "o regime da Constituição e do Código de Processo Penal reserva ao delegado de polícia a função de lavrar o flagrante, transformando em autos a narrativa dos condutores. Além disso, na sequência, poderá conceder fiança nas hipóteses legais. Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo. Daí que a alegação de que o

Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta. A audiência de custódia deve ser presidida por autoridade munida das competências capazes de controlar a legalidade da prisão — o delegado lavra e o juiz controla. Além disso, já nessa fase, tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Há reserva de Jurisdição. Logo, além do Juiz, devem participar Ministério Público e defesa. Qual o objeto da audiência de custódia? A audiência de custódia não é uma audiência para fins de colheita de prova. É o espaço democrático em que a oralidade é garantida. Seu objeto é restrito, ou seja, não há interrogatório, nem produção antecipada de provas. Há uma prisão decorrente do flagrante e a necessidade de controle jurisdicional. O ato que era praticado exclusivamente pelo magistrado, sem participação dos jogadores processuais (Ministério Público e Defesa), agora muda completamente sua morfologia. Com isso, se dá também efetividade ao disposto no art. 282, § 3º, do CPP, no sentido de que o contraditório legitima o ato decisório, uma vez que pode acolher e rejeitar os argumentos, conta com a efetiva participação dos agentes processuais. Quais os passos da audiência de custódia? Na audiência de custódia deve-se seguir os seguintes passos: 1) A prisão é legal, isto é, era hipótese de flagrante? 2) Se não, relaxa-se; 2.1.) Relaxada a prisão o Ministério Público pode requerer a prisão preventiva ou a aplicação de medidas cautelares; 3) Sustentando-se as razões do flagrante; 3.1) O Ministério Público se manifesta pelo requerimento da prisão preventiva ou aplicação de cautelares ou acolhe as razões formuladas

eventualmente pela autoridade policial; 3.2) A defesa se manifesta sobre os pedidos formulados pelo Ministério Público. Se não houve pedido por parte do Ministério Público, o juiz não pode decretá-lo de ofício, já que não existe processo (CPP, artigo 311, vale conferir a redação).4) O magistrado decide — fundamentadamente — sobre a aplicação das medidas cautelares diversas ou, sendo elas insuficientes e inadequadas, pela excepcional decretação da prisão preventiva. Podem ser juntados documentos e ouvidas testemunhas? Os agentes processuais podem juntar documentos para lastrear os respectivos pleitos. Não cabe a oitiva de testemunhas nessa fase. A audiência é com objeto restrito. Pode a audiência ter continuidade? Pode a audiência ter continuidade? Entendemos que sim, especialmente nos casos de violência doméstica. É muito comum que nos casos de ação penal privada ou condicionada à representação a vítima seja instada a participar do ato. Nessa situação a Delegacia de Polícia já deve deixar a vítima ciente do ato judicial. Alguns juizados de violência doméstica já estipularam horários diários para apresentação do preso e orientam a autoridade policial que intime a vítima para comparecer no mesmo horário. Como a conduta recém aconteceu, em alguns casos, a vítima está sob efeito de forte emoção e solicita um prazo maior para decidir sobre a continuidade da ação penal. Claro que sabemos da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso de lesões corporais, mas as condutas não se restringem a ela. Daí ser possível que ausente, por exemplo, comprovação da residência ou de vínculo certo do conduzido, possa-se redesignar a audiência. Em todos os casos, todavia, a decisão sobre a custódia e eventuais medidas cautelares

deve ser tomada. Cabe usar videoconferência? Em alguns estados americanos a audiência de custódia é feita por vídeo conferência. Essa modalidade encontra ainda certa desconfiança dadas as condições de pressão que podem ocasionar no estabelecimento penal. Existe a possibilidade de um Defensor permanecer no local de custódia e participar conjuntamente do ato ou mesmo de um estar com o conduzido e outro na sala de audiências. Não podemos dizer que sempre será possível. Entretanto, com as devidas garantias, parece-nos possível. Assim, cai por terra a histeria de que muitos policiais serão obrigados a se deslocar no transporte do conduzido ao juízo. Em prisões acontecidas fora do estado de origem do conduzido ou mesmo quando deseje contratar um Defensor que não tenha domicílio no mesmo Estado ou comarca, o uso da tecnologia poderá garantir que a escolha por profissional de sua confiança se efetive. Daí a importância da tecnologia, usada sem receios e cuidados, em diversos locais do mundo, garantida a entrevista prévia com o defensor. Reconhecemos, também, que deve ser exceção e justificada, nos mesmos moldes do artigo 185, parágrafo 2º, do CPP. É que o impacto humano do contato pessoal pode modificar a compreensão. Não podemos é banalizar o uso da videoconferência sob pena de matar um dos principais fundamentos da audiência de custódia: o caráter humanitário do ato, a oportunidade do contato pessoal do preso com o seu juiz. Controle sobre a integridade física do conduzido. Se o conduzido estiver machucado ou reclamar de tortura, por mais que as lesões possam ser decorrentes do próprio ato de prisão, a leniência do Poder Público resta mitigada e será possível, ao menos, apurar a sua

existência. Aliás, como temos insistido, a utilização de aparato de câmeras por parte dos agentes públicos nas suas operações evitaria tanto a alegação de autolesões praticadas pelos conduzidos, bem assim as perpetradas por agentes estatais. E a tecnologia está plenamente disponível. Existem diversos vídeos na internet que demonstram ser a filmagem uma garantia de todos, policiais e conduzidos, mas há gente que não gosta de controle, e se passa. O que se busca é transparência da ação. O futuro da audiência de custódia

A base normativa é aplicável no Brasil e a audiência de custódia já é uma realidade em diversos Tribunais. A resistência de alguns é mais do que esperada. Também precisamos de um tempo para acomodação das condições materiais. Entretanto, a audiência de custódia é um caminho sem volta. Efetiva o contraditório, a transparência e o controle efetivo de todos os atos, garantindo-se todos os envolvidos. Terminamos com a história da Nasrudin que um dia procurou o médico e disse: “— Doutor, todo meu corpo dói. Quando toco a cabeça com o dedo, me dói. Quando me toco aqui, no estômago, o mesmo. Quando me toco o joelho, aparece a dor. Quando toco o pé, me dói. Que devo fazer? Como posso aliviar a dor?” O médico examina e diz: “— Teu corpo está bom. Porém tens o dedo quebrado...” (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>).

E concluem:

"Dê uma chance de pensar a questão da audiência de custódia por outro caminho. Quando você vai a um restaurante chique e pede um prato diferente e caro, mesmo que não goste, come até o final ou pede

outro? A maioria das pessoas reclama e continua comendo. O mesmo acontece quando vamos a um cinema e relutamos em nos levantar e ir embora porque o filme é ruim. Caímos na armadilha dos custos afundados (sunk cost). Pessoas que sempre investiram na poupança, mesmo que hoje ela não reponha sequer a inflação, mantém o dinheiro perdendo mensalmente. Sempre fizeram isso e mudar parece algo perigoso. Esta tendência de aversão a mudanças pode nos servir para compreender o motivo de tanta resistência à audiência de custódia. A audiência de custódia é uma etapa do alinhamento do Processo Penal brasileiro com as Declarações de Direitos Humanos. Talvez por isso seja tão complicado falar dela para quem mantém a mentalidade autoritária. A convenção se aplica ao Brasil e era ignorada, como, aliás, boa parte da normativa de Direitos Humanos. Nenhuma novidade, dirão. E a posição que defendemos em artigos anteriores e agora aprofundada no livro [Processo Penal no Limite](#), publicado esta semana, é mantida, com um toque a mais. Participamos, paralelamente, de diversos encontros discutindo o tema com magistrados, membros do Ministério Público, defensores, advogados, Delegados de Polícia, Policiais Militares, estudantes, enfim, com vários intervenientes, sendo que a maioria era contra sem ao menos se informar. Não sabiam do que era, nem de como funcionava, mas estufavam o peito e diziam: sou contra. É uma infantil resistência ao novo, ao diferente, do estilo “não sei, não conheço, mas não gosto”. A desinformação sobre o conteúdo, o lugar e a função da audiência de custódia, beira à birra adolescente. Praticada em diversos países, tanto da Europa como da América Latina, parece, para alguns ter

sido inventada pelo Conselho Nacional de Justiça. A história do CNJ não ajuda, pois elaborou diversas Resoluções de duvidosa constitucionalidade, propagou o medo na magistratura e com suas metas gerou o pânico por qualquer iniciativa. Falar de CNJ passou a ser proibido e colhe os efeitos de atuações recentes desastrosas. Com a atual conformação, especialmente presidência e corregedoria, em vez de perseguições às bruxas, buscou-se implementar a normativa internacional, algumas políticas anteriores foram modificadas e, acima de tudo, há uma mudança qualitativa. Preocupa-se, agora, também, com as grandes diretrizes do Poder Judiciário, ouve a base, sem que necessariamente fale o que desejam. Dentre as iniciativas corajosas está a de enfrentar o encarceramento verificado nos últimos anos e os custos do sistema penal. A questão é que estamos prendendo mal. Faltam recursos para implementação de meios abertos, monitoramento eletrônico, programas de egressos, etc. E aí reside o equívoco. Para que tenhamos uma ideia aproximada, em Santa Catarina, cada condenação por cinco anos de prisão significa um custo anual de R\$ 48 mil, que, multiplicado pelo total, significaria R\$ 240 mil. Basta multiplicarmos para ficarmos assustados. A previsão é que se gaste, em 2015, cerca de R\$ 800 milhões. E o custo de um preso mensal, inclusive cautelar, implica em R\$ 4 mil. A conta de cada prisão cautelar é arcada por toda a sociedade. Por isso não levar em conta isso no encarceramento em massa ou é ingenuidade ou má-fé, muitas vezes financiada pelas empresas de presídio privados nunca lucraram tanto. Já pensou que maravilha ter um hotel lotado e com mais demanda? Mark Twain escreveu que “Se a única

ferramenta é o martelo, todos os seus problemas serão pregos.” Se a única ferramenta é a prisão (cautelar), não restaria outra opção. Daí que houve a reforma de 2012, inserindo-se cautelares diversas da prisão (CPP, artigo 319), os quais apresentam indicam modelos múltiplos de garantia do processo e não de antecipação de pena. Mas a mentalidade que somente procura pregos, não consegue compreender que está nos levando à falência com os custos do sistema que abastece. Quem prende cada vez mais, por qualquer motivo, mesmo cabendo medidas cautelares, no fundo, por não sentir o dinheiro de seu bolso, cai na armadilha da Tragédia dos Comuns, já que nos obriga, como Estado, a arcar com mais recursos para prender gente. Pode-se dizer que sofrem da deformação do especialista, pois como são agentes vinculados ao sistema penal, respondem, quase sempre, com pena. E nos levam à falência. A audiência de custódia acaba com o conforto da decisão imaginada pelo flagrante, exige contato humano, com o impacto que proporciona, fazendo com que se possa prender melhor, a partir das razões que forem apresentadas. Nos estados em que já está sendo implementada, muitos opositores se renderam à qualidade do ato, até porque sustenta o lugar de garante do Juiz, tanto pelos flagrantes, prendendo quando for o caso, bem assim evitando que pessoas fiquem presas para além do necessário. Controla-se, por fim, os casos de tortura reais ou inventadas. A potencialização do caráter antropológico do ritual judiciário é um valor inestimável da audiência de custódia, pois fortalece o contato pessoal, o olho no olho, a responsabilidade pela palavra dada, seja por parte do imputado (que ali assume um compromisso com o juiz

pela liberdade concedida), seja por parte do juiz. É ainda um ato ético, alinhado com a ética da alteridade. Na dimensão processual, fortalecemos a estrutura dialética, pela presença do Ministério Público (que pedirá ou não a prisão preventiva, acabando com a absurda 'conversão do flagrante em preventiva sem pedido'), e também da defesa (permitindo o real contraditório neste ato tão importante). Tudo em contraditório (e salve Fazzalari), com oralidade e contato direto e pessoal com o juiz. Isso é democracia processual diria Bettiol. Sempre fizemos do mesmo jeito, mas talvez possamos olhar para o futuro e ver o que há de bom na legislação em vigor no Brasil e procurarmos aplicar. Não podemos ser como o sujeito que está numa relação (amorosa, de emprego etc.) ruim e simplesmente não possui coragem de mudar porque já investiu muito tempo e dinheiro nela. Talvez sejamos românticos demais, até porque muitos preferem uma vida tacanha com medo do futuro e do desconhecido. A implementação da audiência de custódia, que não salvará o mundo, mas poderá alinhar o regime de cautelar brasileiro ao modelo internacional é para quem tem coragem, não para quem tem medo do desconhecido."
(<http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-sei-nao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>).

NOTAS:

[1] <http://genjuridico.com.br/2015/07/17/os-mitos-da-audiencia-de-custodia/>

[2] https://www.academia.edu/11691877/MAZZUOLI_Valerio_de_Oliveira._O_controle_jurisprudencial_da_convencionalidade_das_leis._2._ed._rev._atual._e_ampl._S%C3%A3o_Paulo_Ed._RT_2011_%C3%8Dntegra_

[3] <http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>

ANÁLISE HISTÓRICA DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO BRASIL E SUA PERSPECTIVA COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

IANN MOURA DE OLIVEIRA DA SILVA: Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN.

RESUMO: O presente trabalho faz uma análise histórica do instituto da autocomposição no Brasil e sua perspectiva com o advento do Novo Código de Processo Civil. Demonstra a evolução da autocomposição no país e no Rio Grande do Norte, suas vantagens como métodos alternativos de solução de conflitos e promoção da paz social. Relata os dispositivos legais destinados regulamentar a autocomposição judicial no ordenamento jurídico brasileiro, inseridos no Novo Código de Processo Civil, representando um grande passo para a construção do verdadeiro acesso à justiça, solucionando conflitos com celeridade e economia.

Palavras-chave: Autocomposição. Conciliação. CPC/2015.

1 INTRODUÇÃO

A eliminação dos conflitos decorrentes da vida em sociedade não é exclusividade de atos de terceiros como ocorre na Jurisdição ou Arbitragem, mas pode ser aferida por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes por meio da Autocomposição. Nesse sentido, um dos sujeitos ou cada um deles consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse em prol da solução pacífica dos conflitos e da pacificação social. _

Segundo Didier Jr. (2010), a Autocomposi o   o g nero do qual são espécies a Transa o, a Submissão e a Renúncia. A primeira espécie permite com que as partes façam concessões mútuas. Por outro lado, a segunda espécie consente a submissão de um   pretensão do outro ou o reconhecimento da procedência do pedido. Por fim, a última, revela a abdica o da pretensão deduzida. Essas três espécies de autocomposi o podem ser obtidas endoprocessualmente, conforme art. 487, III, “a”, “b” e “c” - Código de Processo Civil - CPC/2015, dando-lhes ainda a eficácia de pôr fim ao processo, já que havendo composi o entre as partes, não caberá mais ao juiz que reconhecê-la por sentença.

Para Cintra, Dinamarco e Grinover (2010), “melhor   deixar que o Estado só intervenha, mediante o exercício da jurisdi o, quando os métodos de resolu o pacífica de conflitos não tiverem surtido efeitos”.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DA AUTOCOMPOSI O

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2010), antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realiza o prática, já existia a autocomposi o, sendo tão antiga quanto   autotutela.   importante registrar que a jurisdi o, no sentido em que a entendemos hoje, só veio depois, evoluindo no sentido de se permitir dirimir conflitos e pacificar pessoas. Com a percep o de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, mediante o exercício da jurisdi o, a autocomposi o foi ganhando seu espaço no sentido de que a pacifica o   mais importante, independentemente de ser realizada por meio do Estado ou por outros meios eficientes.

No Brasil, antes mesmo da independência, as Ordenações Filipinas, no Livro III, Título XX, §1º, já traziam normas estabelecendo expressamente a conciliação, pois o Juiz, no começo da demanda, deveria aconselhar as partes a fazer autocomposição. De forma semelhante, a Constituição do Império de 1824, adotou o estímulo à realização da autocomposição, uma vez que nenhum processo poderia ser iniciado sem que primeiro se tivessem tentado os meios de reconciliação, conforme arts. 161 e 162. O Decreto n. 737 de 1850, primeiro Código Processual elaborado no Brasil, também normatizou o assunto no seu art. 23, onde nenhuma causa comercial poderia ser proposta em juízo sem a tentativa prévia de conciliação. Em que pese houvesse norma impositiva de obrigatoriedade da tentativa de conciliação, isso não foi suficiente para estimular a sua realização, sendo a mesma abolida na fase republicana pelo Decreto nº 359 de 1890, como fase preliminar obrigatória, por ter sido considerada onerosa e desnecessária na composição de litígios. Porém, as Constituições de 1937 e 1946, inspiradas na Justiça de Paz do Império, fizeram surgir as figuras do conciliador e dos juízes temporários, hoje consolidados nos Juizados Especiais.

A legislação trabalhista, desde sua criação, busca tentar conciliar as partes, conforme se deduz das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento. Frise-se ainda, que existem dois momentos obrigatórios para a proposta judicial de conciliação: no momento da abertura da audiência (CLT, art. 846) e após o término da instrução e apresentação das razões finais pelas partes (CLT, art. 850). É importante observar que

tem havido no Brasil um incentivo constante à realização da solução pacífica dos conflitos, evitando a cultura do litígio. Todavia, muitos ainda preferem buscar o Poder Judiciário a tentar diretamente resolver seus litígios.

A Lei n. 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais prevê critérios da oralidade, celeridade, economia processual, simplicidade com objetivo primordial de promover solução pacífica das controvérsias e de atender ao final o princípio implícito da pacificação. A busca da conciliação nos Juizados Cíveis e da composição civil dos danos e a aplicação de penas não privativas de liberdade nos Juizados Criminais são diretrizes dessa procura pela pacificação, assim como as semanas de conciliação promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Vale ressaltar a existência da instituição e implementação de uma política pública adequada de tratamento de conflitos de interesses, adotada pela Resolução nº 125-CNJ, com a formação de um quadro de mediadores/conciliadores e instalação obrigatória, em todo o país, de setores de conciliação/mediação.

Atualmente, denota-se a retomada, não da obrigatoriedade da autocomposição, mas da necessidade de utilização de meios alternativos para a resolução de conflitos, dentre os quais a conciliação, que visa uma cultura de pacificação, com a solução do litígio de maneira mais célere, menos dispendiosa e amigável.

3 BREVE RETRADO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NO RIO GRANDE DO NORTE

Em âmbito local, conforme relatório do CNJ das audiências realizadas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte - TJRN, durante a Semana de Conciliação (02/12/2013 a 06/12/2013), apenas 26% das audiências resultaram acordo, enquanto que em todo Judiciário Brasileiro esse índice foi de 51,6%. O índice do TJRN ficou também abaixo da média brasileira dos judiciários estaduais (53,80%); Trabalhista (36,04%) - TRT21 (31,13%) e Federal (80,25%) - TRF5 (44,35%). Esse baixo índice, infelizmente, revela que a conciliação não tem sido tão eficaz no Rio Grande do Norte, principalmente nos últimos três anos (2011-2013), em que o número de acordos foram reduzidos de 66% em 2011 para 48,16% em 2012 e 26% em 2013, o que representa um verdadeiro declínio na autocomposição estadual.

4 NOVAS PERSPECTIVAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, surge com a perspectiva de promover a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, incentivando principalmente a conciliação e a mediação, no curso do processo, simplificando e uniformização de procedimentos. Dessa forma, possibilita uma maior celeridade e eficácia à resolução pacífica dos conflitos, visando à efetividade da prestação jurisdicional, a redução da quantidade de recursos, bem como e instituição do tratamento igualitário perante a lei mediante a observância de precedentes judiciais, o que também significa dizer reduzir a cultura da litigância, que diariamente afoga o Poder Judiciário com inúmeras ações, facilitadas em boa parte pelo maior acesso à justiça.

Nesse sentido, a autocomposição possibilita a transformação do procedimento de jurisdição contenciosa em voluntária, conforme art. 139, V, CPC/2015, promovendo a solução do litígio, uma vez que as partes podem transacionar em juízo, deixando de lado o conflito de interesses para substituí-lo por um acordo de vontades que a ser homologado pelo juiz. Essa perspectiva acompanha o entendimento que Cappelletti (1988) denominou, ao discorrer sobre o movimento de acesso à justiça, de terceira “onda renovatória” do processo, que centra sua atuação na simplificação dos procedimentos, do direito processual e do direito material e no conjunto geral de institutos e mecanismos, pessoas e procedimentos, utilizados para processar e mesmo prevenir litígios. Assim, adentrando no Novo Código de Processo Civil, o artigo 165 estimula a criação, pelos Tribunais, de setores dedicados à mediação e à conciliação, a realizar-se dentro da estrutura do Poder Judiciário, não excluindo, obviamente, a figura da mediação prévia, bem como a utilização de outros meios de solução de conflitos.

Ademais, ficaram demonstrados os princípios basilares da conciliação e da mediação, quais sejam: independência, neutralidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade. Ademais, o artigo 165 diferencia os dois institutos, onde o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, de modo que o mediador deverá auxiliar as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito. O artigo 169 prevê a remuneração para o mediador e o conciliador, promovendo maior reconhecimento do profissional. Por fim, o artigo 175 não coloca óbice na prática da

mediação prévia ou a extrajudicial. Dessa forma, imagina-se que a mediação poderá tomar o mesmo caminho que a arbitragem, por meio do advento da Lei nº 9.307/96, que estimulou a criação de entidades arbitrais no país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito brasileiro está em uma constante e gradual evolução, se adaptando diariamente aos novos tempos e às mutações sociais. Diante de uma maior complexidade nas relações sociais, bem como um maior acesso à informação e maior consciência dos seus direitos por parte da população em geral, aumenta-se também a demanda por ações judiciais para a satisfação de direitos, o que tem sobrecarregado o Poder Judiciário de forma demasiada, gerando uma “cultura de litigância”. Dessa forma, faz-se mister que o Estado, diante dessa atua conjuntura, utilize meios mais céleres para uma prestação jurisdicional mais eficaz, bem como do uso de técnicas de autocomposição de conflitos, visando fomentar uma cultura de negociação bem como promover o “enxugamento” dos institutos processuais considerados defasados ou protelatórios. Em que pese não ser a solução para todos os problemas do Judiciário, a autocomposição de conflitos, bem como o seu estímulo proporcionado pelo novo CPC/2015, representa um grande passo para viabilizar o verdadeiro acesso à justiça, solucionando conflitos com celeridade e economia.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M.; BRYANT, G. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CINTRA, A. C. DE A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. 26ª edição.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol.1*. 12. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 jul. 2015.

Semana Nacional de Conciliação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>> Acesso em 14 jul. 2015.

TESSITURAS AO ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO: BREVES APONTAMENTOS AO DECRETO Nº 4.297/2002

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Plano Diretor Urbano. Estatuto das Cidades. Zoneamento Ecológico-Econômico

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial; 6 Tessituras ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Breves Apontamentos ao Decreto nº 4.297/2002.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste

uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade

contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação

ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar

o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*” [6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais

indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e

bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres viventes. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A

geminção do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação,

conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é

viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. O direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se

tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto

essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas

utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição

Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do

art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário

do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”* [17]. Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001 [18], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [19].

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal [20], são as funções sociais

da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, *“dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida”*[\[21\]](#), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento

municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

Ementa: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente

artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. *“Tutelando de forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma”*[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na

satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”*[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. *“Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação,*

através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a cidades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, *“os direitos enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n. 10.257/2001, têm caráter metaindividual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90”*[31].

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. Decorre de tal ideário a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se trata, com efeito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de direitos metaindividuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei N^o. 10.257, de 10 de Julho de 2001[32], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao *status* de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu

desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental constitucional, como bem afiança Fiorillo, “*a garantia do direitos a cidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’*” [33].

Desta feita, harmonizando-se com os alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocar em destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos elementos primordiais para se alcançar a materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana.

6 Tessituras ao Zoneamento Ecológico-Econômico: Breves Apontamentos ao Decreto nº 4.297/2002

Em um primeiro momento, o zoneamento ecológico-econômico (ZEE), instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população[34]. O ZEE tem por objetivo geral organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, programas, projetos e atividades que, direta ou indiretamente, utilizem recursos naturais, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas. O ZEE, na distribuição espacial das atividades econômicas, levará em conta a importância ecológica, as limitações e as fragilidades dos ecossistemas, estabelecendo vedações, restrições e alternativas de exploração do território e determinando, quando for o caso, inclusive a realocação de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais. O processo de elaboração e implementação do ZEE: I - buscará a sustentabilidade ecológica, econômica e social, com vistas a compatibilizar o crescimento econômico e a proteção dos recursos naturais, em favor das presentes e futuras gerações, em decorrência do reconhecimento de valor intrínseco à biodiversidade e a seus componentes; II - contará com ampla participação democrática, compartilhando suas ações e responsabilidades entre os diferentes níveis da administração pública e da sociedade civil; e III - valorizará o conhecimento científico multidisciplinar.

O ZEE orientar-se-á pela Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída nos arts. 21, inciso IX, 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225 da

Constituição, na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pelos diplomas legais aplicáveis, e obedecerá aos princípios da função socioambiental da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação informada, do acesso equitativo e da integração. Compete ao Poder Público Federal elaborar e executar o ZEE nacional e regionais, quando tiver por objeto biomas brasileiros ou territórios abrangidos por planos e projetos prioritários estabelecidos pelo Governo Federal. O Poder Público Federal poderá, mediante celebração de termo apropriado, elaborar e executar o ZEE em articulação e cooperação com os Estados, cumpridos os requisitos previstos no decreto em comento. O Poder Público Federal deverá reunir e sistematizar as informações geradas, inclusive pelos Estados e Municípios, bem como disponibilizá-las publicamente. O Poder Público Federal deverá reunir e compatibilizar em um único banco de dados as informações geradas em todas as escalas, mesmo as produzidas pelos Estados, nos termos do § 1º do artigo 6º.

A elaboração e implementação do ZEE observarão os pressupostos técnicos, institucionais e financeiros. Dentre os pressupostos técnicos, os executores de ZEE deverão apresentar: I - termo de referência detalhado; II - equipe de coordenação composta por pessoal técnico habilitado; III - compatibilidade metodológica com os princípios e critérios aprovados pela Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional, instituída pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001; IV - produtos gerados por meio do Sistema de Informações Geográficas, compatíveis com os padrões aprovados pela Comissão Coordenadora do ZEE; V - entrada de dados no Sistema de

Informa es Geográficas compatíveis com as normas e padrões do Sistema Cartográfico Nacional; VI - normatiza o técnica com base nos referenciais da Associa o Brasileira de Normas Técnicas e da Comissão Nacional de Cartografia para produ o e publica o de mapas e relatórios técnicos; VII - compromisso de disponibilizar informa es necessárias   execu o do ZEE; e VIII - projeto específico de mobiliza o social e envolvimento de grupos sociais interessados.

Dentre os pressupostos institucionais, os executores de ZEE deverão apresentar: I - arranjos institucionais destinados a assegurar a inser o do ZEE em programa de gestão territorial, mediante a cria o de comissão de coordena o estadual, com caráter deliberativo e participativo, e de coordena o técnica, com equipe multidisciplinar; II - base de informa es compartilhadas entre os diversos órgãos da administra o pública; III - proposta de divulga o da base de dados e dos resultados do ZEE; e IV - compromisso de encaminhamento per dico dos resultados e produtos gerados   Comissão Coordenadora do ZEE. Os pressupostos financeiros são regidos pela legisla o pertinente. O ZEE dividir  o território em zonas, de acordo com as necessidades de prote o, conserva o e recupera o dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável. A institui o de zonas orientar-se-  pelos princípios da utilidade e da simplicidade, de modo a facilitar a implementa o de seus limites e restri es pelo Poder Público, bem como sua compreensão pelos cidadãos. A defini o de cada zona observar , no mínimo: I - diagnóstico dos recursos naturais, da socioeconomia e do marco jurídico-institucional; II - informa es constantes do Sistema de Informa es Geográficas; III -

cenários tendenciais e alternativos; e IV - Diretrizes Gerais e Específicas, nos termos do art. 14 do decreto^[35] em exame.

O diagnóstico a que se refere o inciso I do art. 12 deverá conter, no mínimo: I - Unidades dos Sistemas Ambientais, definidas a partir da integração entre os componentes da natureza; II - Potencialidade Natural, definida pelos serviços ambientais dos ecossistemas e pelos recursos naturais disponíveis, incluindo, entre outros, a aptidão agrícola, o potencial madeireiro e o potencial de produtos florestais não-madeireiros, que inclui o potencial para a exploração de produtos derivados da biodiversidade; III - Fragilidade Natural Potencial, definida por indicadores de perda da biodiversidade, vulnerabilidade natural à perda de solo, quantidade e qualidade dos recursos hídricos superficiais e subterrâneos; IV - indicação de corredores ecológicos; V - tendências de ocupação e articulação regional, definidas em função das tendências de uso da terra, dos fluxos econômicos e populacionais, da localização das infraestruturas e circulação da informação; VI - condições de vida da população, definidas pelos indicadores de condições de vida, da situação da saúde, educação, mercado de trabalho e saneamento básico; VII - incompatibilidades legais, definidas pela situação das áreas legalmente protegidas e o tipo de ocupação que elas vêm sofrendo; e VIII - áreas institucionais, definidas pelo mapeamento das terras indígenas, unidades de conservação e áreas de fronteira.

Na elaboração do diagnóstico a que se refere o inciso I do art. 12, deverão ser obedecidos os requisitos do decreto em exame, bem como as Diretrizes Metodológicas para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil, aprovadas pela Comissão Coordenadora do ZEE do Território

Nacional. Na elaboração do ZEE mencionado no inciso I do § 1º do art. 6º-A, os critérios para divisão territorial e seus conteúdos serão definidos com o objetivo de assegurar as finalidades, integração e compatibilização dos diferentes níveis administrativos e escalas do zoneamento e do planejamento territorial, observados os objetivos e princípios gerais do decreto em destaque. Compete a Comissão Coordenadora do Zoneamento Ecológico-Econômico do Território Nacional - CCZEE aprovar diretrizes metodológicas com o objetivo de padronizar a divisão territorial do ZEE referido no *caput* do artigo 13-B do decreto ora mencionado[36]. As Diretrizes Gerais e Específicas deverão conter, no mínimo: I - atividades adequadas a cada zona, de acordo com sua fragilidade ecológica, capacidade de suporte ambiental e potencialidades; II - necessidades de proteção ambiental e conservação das águas, do solo, do subsolo, da fauna e flora e demais recursos naturais renováveis e não-renováveis; III - definição de áreas para unidades de conservação, de proteção integral e de uso sustentável; IV - critérios para orientar as atividades madeireira e não-madeireira, agrícola, pecuária, pesqueira e de piscicultura, de urbanização, de industrialização, de mineração e de outras opções de uso dos recursos ambientais; V - medidas destinadas a promover, de forma ordenada e integrada, o desenvolvimento ecológico e economicamente sustentável do setor rural, com o objetivo de melhorar a convivência entre a população e os recursos ambientais, inclusive com a previsão de diretrizes para implantação de infraestrutura de fomento às atividades econômicas; VI - medidas de controle e de ajustamento de planos de zoneamento de atividades econômicas e sociais resultantes da iniciativa dos municípios, visando a compatibilizar, no interesse da proteção

ambiental, usos conflitantes em espaços municipais contíguos e a integrar iniciativas regionais amplas e não restritas às cidades; e VII - planos, programas e projetos dos governos federal, estadual e municipal, bem como suas respectivas fontes de recursos com vistas a viabilizar as atividades apontadas como adequadas a cada zona.

Os produtos resultantes do ZEE deverão ser armazenados em formato eletrônico, constituindo banco de dados geográficos. A utilização dos produtos do ZEE obedecerá aos critérios de uso da propriedade intelectual dos dados e das informações, devendo ser disponibilizados para o público em geral, ressalvados os de interesse estratégico para o País e os indispensáveis à segurança e integridade do território nacional. As instituições integrantes do Consórcio ZEE-Brasil, criado pelo Decreto de 28 de dezembro de 2001, constituirão rede integrada de dados e informações, de forma a armazenar, atualizar e garantir a utilização compartilhada dos produtos gerados pelo ZEE nas diferentes instâncias governamentais. O Poder Público divulgará junto à sociedade, em linguagem e formato acessíveis, o conteúdo do ZEE e de sua implementação, inclusive na forma de ilustrações e textos explicativos, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 15, **in fine**.

REFERÊNCIA:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002.** Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. **Direito à arborização urbana. Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4211, 11 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30098>>. Acesso em 14 jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Arborização urbana e meio ambiente – Aspectos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/7c2a76.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2015.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N.º. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N.º 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N.º 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14 jun. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna –

Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 14 jun. 2015.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 14 jun. 2015.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015. “**Art. 30.** Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015. “**Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015. “**Art. 191.** Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei N.º. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da

política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

[34] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002**. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[35] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002**. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

[36] BRASIL. **Decreto nº 4.297, de 10 de Julho de 2002**. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2015.