

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 362.

(ano VII)

(05/06/2015)

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



05/06/2015 RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

» [O Tribunal de Justiça de São Paulo acaba de rasgar o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova York e a desautorizar o Conselho Nacional de Justiça](#)

ARTIGOS

05/06/2015 Marcio Tadeu Martins dos Santos

» [A consignação em pagamento no Direito Tributário](#)

05/06/2015 Caroline Coelho Midlej

» [Fundo de Garantia do Tempo de Serviço \(FGTS\): atualizações recentes no âmbito da execução fiscal](#)

05/06/2015 Tayson Ribeiro Teles

» [PEC 157/2003 e PEC 341/2009: perspectivas de enxugamento da Constituição Federal de 1988](#)

05/06/2015 Isaias Cantidiano de Oliveira Neto

» [Ponderação de Princípios Constitucionais: art. 5.º Inciso IX, liberdade de imprensa em choque com o inciso LVII, princípio da presunção de inocência](#)

05/06/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Apontamentos à Declaração do México de 1985: A conformação do Desenvolvimento Econômico e a afirmação do discurso em prol da Identidade Cultural](#)

05/06/2015 Deivid Rodrigues dos Santos

» [O cárcere e as grandes dificuldades na ressocialização do detento](#)

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ACABA DE RASGAR O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE NOVA YORK E A DESAUTORIZAR O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

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 de várias obras jurídicas.

No julgamento do Habeas Corpus nº. 2016152-70.2015.8.26.0000 (Registro: 2015.0000319233), na sessão realizada no último dia 12 de maio de 2015, tendo como relator o Desembargador Guilherme de Souza Nucci, a 16ª. Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, denegou a ordem entendendo que a ausência de apresentação imediata ao Juiz de Direito do preso em flagrante não ofende os tratados internacionais de Direitos Humanos.

Assim ficou consignado no voto do relator: "Inicialmente, 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."

O absurdo é flagrante! Desde quando o Delegado de Polícia exerce função judicial?

Como se sabe, 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.

Antes tarde do que nunca!

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." (grifamos).

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." (também).

Tais normas internacionais estão incorporadas em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992. 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.” (grifamos).

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 Republica 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).

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.

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-presos-nao-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 proib o de acesso a determinados lugares ou de contato com pessoas indicadas, a proib o de ausentar-se da comarca, entre outras. O último acordo assinado visa   constru o 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 deambula o 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 Associa o dos Delegados de Polícia do Brasil entrou com a A o Direta de Inconstitucionalidade n . 5240, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, sustentando que a audiência de custódia   uma inova o 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 aut nomo, já que o poder de legislar sobre a matéria   do Congresso Nacional. Além disso, segundo a entidade, a norma repercutiu diretamente nos interesses institucionais dos Delegados de Polícia, cujas atribui es são determinadas pela [Constitui o](#) (artigo 144, parágrafos 4  e 6 ): “Este [Provimento Conjunto n  3/2015], sim, foi inovador no ordenamento jurídico, entretanto, muito embora possa parecer um ato legítimo em sua aparência,   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-ministério-público>, 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 Câmb. 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 pessoal 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 douta 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 estreitamente 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 udiienza 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-cautelares), 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, facultase 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. A despeito 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 comarcas 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-prisoe>

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 nº156/2009, 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 Cívicos 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 Cívicos 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-custodiaaprimeira-tentativa-no-novo-cpp>

A CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

MARCIO TADEU MARTINS DOS SANTOS:
Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em
Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Direito
Público pela UNB.

Resumo: Este artigo analisa a consignação em pagamento no direito tributário, com o objetivo de demonstrar a inaplicabilidade prática de algumas hipóteses de cabimento do instituto, bem como a doutrina e a jurisprudência acerca desse ponto, sendo destacada, ainda, a controvérsia sobre a utilização da referida ação com o objetivo de questionar a legalidade da cobrança e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Palavras-Chave: Direito Tributário – Consignação em Pagamento – Cabimento – Suspensão de Exigibilidade - Depósito

Abstract: This paper analyzes the consignment pay in tax law, in order to demonstrate the practical irrelevance of some hypotheses of the appropriateness of the institute as well as the doctrine and the case law on this point, with separate, yet, the controversy over the use of that action in order to challenge the legality of the payment and the suspension of the tax credit. **Keywords:** Tax Law - Consignment Payment - no place - Suspension of - Deposit

Sumário: Introdução. 1. Linhas Gerais da Consignação em Pagamento e Especificidades do Instituto no Direito Tributário. 2. As Hipóteses de Cabimento da Ação Consignatória Tributária. 3. A Consignação em Pagamento e a Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A consignação em pagamento no direito tributário brasileiro constitui um instituto de escassa aplicabilidade prática, tendo em vista o descompasso entre a sua disciplina legal e a evolução do modo de processamento do pagamento do débito tributário. A questão se agrava, a depender da interpretação que se dê a uma de suas hipóteses de cabimento, qual seja, a prevista no inciso III, do artigo 164 do Código Tributário Nacional, já que a mesma pode restringir ainda mais o seu âmbito de incidência.

Além disso, a matéria enseja controvérsia no seio da doutrina e da jurisprudência acerca da sua utilização como forma de discussão da exação e se o manejo da ação de consignação enseja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é estabelecer os contornos de aplicação do instituto em consonância com a disciplina atual dos instrumentos a ele relacionados, bem como expor a nossa posição acerca das questões divergentes acima apontadas.

1 – LINHAS GERAIS DA CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E ESPECIFICIDADES DO INSTITUTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O pagamento configura a forma normal de extinção das obrigações. No entanto, existem os modos de pagamento indireto, que são modalidades especiais de pagamento, entre as quais se inclui a consignação em pagamento.

Tal modalidade de extinção das obrigações não constitui espécie exclusiva do direito tributário, sendo, pois, afeta a outros ramos do direito, tal como o direito civil. Neste âmbito, representa o meio judicial ou extrajudicial adotado pelo devedor – ou terceiro – para liberar-se da obrigação, depositando a coisa devida nos casos e formas legais, no caso de uma recusa injustificada do credor em receber o pagamento ou houver dúvida sobre quem deva legitimamente recebê-lo. (ROSENVOLD, Nelson, 2004, p.168.)

Assim, no campo do direito civil, pode o sujeito passivo da obrigação optar pelo depósito extrajudicial em estabelecimento bancário oficial ou não, ao invés de propor diretamente a ação judicial de consignação, tendo, pois, a sua disposição um mecanismo simples e rápido, sem o custo dos serviços judiciários e da verba honorária.

Além disso, cabe acrescentar que é possível o depósito extrajudicial não só do dinheiro, mas também de títulos, joias, cambiais, não sendo restrita, portanto, à obrigação pecuniária.

Pelo conceito de consignação em pagamento exposto acima, verifica-se que a mesma pode ser utilizada pelo próprio devedor, pelo terceiro interessado e pelo terceiro não interessado que paga em nome do devedor, conforme o disposto no parágrafo único do artigo 304 do Código Civil. Veja-se o dispositivo:

Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste.

Realizada essa breve abordagem sobre os aspectos gerais da consignação em pagamento, vejamos agora as peculiaridades do instituto no direito tributário.

Inicialmente, revela anotar que a modalidade extrajudicial da consignação em pagamento é incompatível com a sistemática prevista no Código Tributário Nacional, pois não figura entre as causas de extinção do crédito tributário previstas no artigo 156 daquele diploma legal. Além disso, o silêncio do Fisco após a notificação para receber o pagamento não aceito pelas vias normais, não implica em uma aceitação tácita. (LOPES, Mauro Luís Rocha, 2003, p.278.).

Destarte, a extinção do crédito tributário pela consignação tributária dependerá de sentença de procedência do pedido transitada em julgado, conforme se extrai dos enunciados prescritivos narrados nos artigos 156, inciso VIII e 164, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

§ 2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte,

cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

Assim, no âmbito do direito tributário a consignação em pagamento somente poderá ocorrer pela via judicial.

Outra questão que merece destaque em relação à consignação em pagamento no direito tributário diz respeito à legitimidade para a sua utilização. Há quem entenda que não somente o sujeito passivo da obrigação tributária, mas também o terceiro com interesse no pagamento do crédito tributário poderia manejar a ação consignatória em face do Fisco.

Para essa doutrina, se o pagamento na esfera tributária tem efeito liberatório da obrigação mesmo por quem não seja o sujeito passivo da relação jurídica, não há razão para obstar o terceiro de ajuizar a demanda consignatória.

Argumenta-se, ainda, de modo a sustentar a possibilidade de utilização da ação consignatória pelo terceiro, o disposto no artigo 204 caput do Código Tributário Nacional, segundo o qual a presunção de certeza e liquidez da dívida regularmente inscrita pode ser refutada mediante prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite.

Assim, se é possível ao terceiro desconstituir o crédito tributário, poderia ele também aforar a ação de consignação tributária, visando a extinção da obrigação.

Por fim, afirma-se que o artigo 890 do Código de Processo Civil dispõe expressamente sobre a legitimidade do terceiro para ajuizar a demanda consignatória. (Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o

devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.)

No entanto, o artigo 164 do Código Tributário Nacional somente atribui legitimidade para consignação em pagamento ao sujeito passivo da obrigação tributária, nada mencionando em relação ao terceiro.

Por outro lado, o efeito liberatório da obrigação tributária decorrente do pagamento efetuado por terceiro não induz à legitimidade deste para realizar a consignação, pois esta não é sinônimo de pagamento, mas sim uma forma sub-rogada pela qual o obrigado pode se liberar antes ou independentemente do fato de haver o credor recebido o pagamento.

De igual modo, não se pode extrair a possibilidade de utilização da consignação pelo terceiro com base no disposto no parágrafo único do artigo 204 do Código Tributário Nacional, já que o referido enunciado normativo não contém qualquer prescrição nesse sentido, mas apenas assevera que a prova que refute a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa pode ser produzida não somente pelo sujeito passivo da exação, mas também pelo terceiro.

O entendimento acima exposto é corroborado pelo artigo 166 do mesmo diploma legal que trata da legitimidade ativa na ação de repetição de indébito tributário em relação aos tributos com repercussão financeira, o qual dispõe que o sujeito passivo da relação obrigacional tributária somente poderá ajuizar a referida ação se for autorizado pelo terceiro que suportou a carga tributária, donde se conclui que a pessoa estranha aquele vínculo não possui legitimidade para qualquer demanda que tenha como objeto o tributo.

Por fim, a disposição do artigo 890 do Código de Processo não tem o condão de atribuir legitimidade ativa ao terceiro para consignação tributária, já que a disciplina da mesma é especial em relação à lei adjetiva geral.

Portanto, somente o sujeito passivo da obrigação tributária pode ajuizar a ação consignatória tributária

2 – AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA TRIBUTÁRIA

Os incisos I a III do artigo 164 do Código de Tributário Nacional estabelecem as hipóteses de cabimento da ação consignatória tributária, não sendo possível o seu ajuizamento fora do rol taxativo previsto nos enunciados prescritivos acima indicados.

A primeira hipótese disciplinada no inciso I, do artigo 164 do CTN consiste na “recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória”.

Nas linhas iniciais do presente trabalho foi destacado que atualmente, a ação consignatória constitui um instrumento de difícil aplicabilidade prática, tendo em vista o descompasso entre as suas hipóteses de cabimento e a evolução do modo de processamento do pagamento do crédito tributário.

Tal fato é explicitado em razão de o pagamento dos créditos tributários ser atualmente recebido na rede bancária ou mesmo nas casas lotéricas, não tendo o Fisco qualquer influência no recebimento ou na escolha de qual tributo deverá ser recolhido.

Além do mais, mesmo que o pagamento dos créditos tributários tivesse que ser realizado perante a autoridade fazendária, dificilmente haveria a recusa de seu recebimento, até porque, seria mais viável, e financeiramente mais proveitoso ao fisco, se utilizar da imputação do pagamento prevista no artigo 163 do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, considerando que, atualmente, a grande sistemática dos tributos está sujeita ao denominado “lançamento” por homologação, em que se atribui ao sujeito passivo o dever de apurar o montante devido e realizar o seu pagamento, independentemente do prévio exame da autoridade administrativa, não se vislumbra como o Fisco poderia recusar o recebimento do tributo.

Trata-se, portanto, de hipótese inaplicável atualmente.

O inciso II do artigo 164 do Código Tributário Nacional estabelece a hipótese de cabimento da ação consignatória em caso de “subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal”.

Trata-se, também, de hipótese de ocorrência improvável, aplicando-se aqui as mesmas observações realizadas em relação ao inciso I do artigo 164 do CTN.

A título de ilustração da hipótese contida no dispositivo em comento, convém relembrar a situação ocorrida no âmbito da Fazenda Municipal em que se exigia na mesma guia de pagamento o IPTU e a taxa de lixo, sendo esta última, objeto de muitos questionamentos perante o Poder Judiciário.

Não obstante, o contribuinte poderia se dirigir à Secretaria de Fazenda do Município e requerer a separação das cobranças, não havendo maiores dificuldades na realização de tal procedimento.

Assim, não se imagina qualquer hipótese em que o Fisco condicione o recebimento de tributos ao cumprimento de obrigações administrativas, ainda que a mesma tenha fundamento legal.

A terceira hipótese de cabimento consiste na “exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador”.

Sacha Calmon Navarro Coelho (2003, p.464.) entende que tributos idênticos seriam aqueles que possuem a mesma natureza jurídica e estariam sendo cobrados por mais de uma Fazenda Pública. Verbis:

“O inciso III permite a consignação para livrar o contribuinte de conflitos de competência, ou seja, de exigência por mais de uma Fazenda de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador... No caso do inciso III, especificamente, a existência concreta do concurso de exigências por mais de um Fisco tem de ser comprovada, sob pena de carência da ação. Imaginem-se dois municípios exigindo o ISS sobre o mesmo fato gerador. Há que provar que ambos estão a exigir, a um só tempo, o imposto”.

Em outra obra, enfatiza o mesmo autor (COELHO, Sacha Calmon Navarro, 2002, p.37) que tributos idênticos seriam aqueles exigidos de um mesmo ente federativo. Veja-se o trecho a seguir:

“Muitos autores, no caso do inciso III transcrito, entendem que as Fazendas credoras podem ser de diversa ordem, União e Estado, Estado e Município, e assim por diante. Discordamos, embora lamentemos o acanhamento do legislador. A cláusula tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador afasta a tese de tributos não idênticos sobre o mesmo fato gerador. Como os impostos nunca são idênticos, fica prejudicada a concepção maximalista quanto a estes. Assim, os conflitos que a regra visa evitar são aqueles entre Estado e Estado e entre Município e Município.”

A despeito da posição exposta pelo mestre acima citado, pensamos que tal entendimento acaba por restringir demasiadamente o cabimento da ação consignatória, que como vimos, possui atualmente, pouca aplicabilidade prática, no que diz respeito aos incisos I e II do artigo 164 do Código Tributário Nacional.

Não obstante, a expressão “tributos idênticos sobre o mesmo fato gerador” sugira a interpretação de que se trate de tributos da mesma natureza jurídica, entendemos que o enunciado prescritivo em tela abrange também tributos, cuja competência tributária é atribuída a entes federativos diversos.

Pense-se, por exemplo, em situações de operações mistas, nas quais as empresas comumente prestam serviços de instalação, montagem, entre outras, e, ao mesmo tempo, fornecem a mercadoria. Nesses casos, poderá haver a incidência do ISS bem como do ICMS.

O julgado colacionado a seguir ilustra bem a questão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISSQN. CRITÉRIOS. SERVIÇOS FARMACÊUTICOS. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SERVIÇOS INCLUÍDOS NA LISTA ANEXA À LC 116/03. INCIDÊNCIA DE ISSQN. 1. Segundo decorre do sistema normativo específico (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III da CF, art. 2º, IV da LC 87/96 e art. 1º, § 2º da LC 116/03), a delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISSQN, está submetida aos seguintes critérios: (a) sobre operações de circulação de mercadoria e sobre serviços de transporte interestadual e internacional e de comunicações incide ICMS; (b) sobre operações de prestação de serviços, compreendidos na lista de que trata a LC 116/03, incide ISSQN; e (c) sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISSQN sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incide ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedentes de ambas as Turmas do STF. 2. Os

serviços farmacêuticos constam do item 4.07 da lista anexa à LC 116/03 como serviços sujeitos à incidência do ISSQN. Assim, a partir da vigência dessa Lei, o fornecimento de medicamentos manipulados por farmácias, por constituir operação mista que agrega necessária e substancialmente a prestação de um típico serviço farmacêutico, não está sujeito ao ICMS, mas a ISSQN. 3. Recurso provido." (REsp 881035 / RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Data do Julgamento: 06/03/2008)

Não raro, é possível também a existência de conflitos de competência envolvendo a incidência do ISS e do IPI, como na hipótese abaixo:

RECONDICIONAMENTO DE PNEUS. INCIDÊNCIA DO IPI E DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. POSSIBILIDADE DE CONCOMITÂNCIA. As atividades de recapagem, recauchutagem e recondicionamento de pneus usados configuram, como regra, operações de industrialização, sujeitando-se à incidência do IPI, sendo irrelevante o fato de haver, ou não, incidência do ISS, de competência dos municípios. Na hipótese de a recapagem, a recauchutagem e o recondicionamento de pneus usados serem realizados por encomenda

direta do consumidor ou usuário, na residência do preparador ou em oficina, desde que, em qualquer caso, seja preponderante o trabalho profissional, a operação não é considerada industrialização. Para esse efeito, oficina é definida como o estabelecimento que empregar, no máximo, cinco operários e, caso utilize força motriz, não dispuser de potência superior a cinco quilowatts e trabalho preponderante é considerado aquele que contribuir no preparo do produto, para formação de seu valor, a título de mão-de-obra, no mínimo com sessenta por cento (Solução de Consulta nº 188, de 05 de novembro de 2008).

Veja-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça a seguir exposta respalda a interpretação extensiva do inciso III, do artigo 164:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO INTEGRAL. DIVERGÊNCIA ACERCA DE QUAL ENTE FEDERATIVO DETÉM A COMPETÊNCIA PARA A COBRANÇA DE TRIBUTO RELATIVO AO MESMO FATO GERADOR. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. O recorrente objetivou com a propositura da ação consignatória exercer o seu direito de pagar corretamente, sem que tenha que suportar uma dupla cobrança sobre o mesmo fato gerador pelo Estado e

pelo Município. Não se trata, pois, de discussão acerca do valor devido, mas sim de verificar qual é o ente federativo competente para a cobrança do respectivo tributo, tendo o recorrente, inclusive, realizado o depósito integral do valor devido nos autos da ação consignatória.

2. O tribunal recorrido assentou que foi autorizado, nos autos do processo consignatório, o depósito judicial do valor do ICMS cobrado, e suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em discussão.

3. Dada as peculiaridades do caso concreto, em que pese a propositura da ação de consignação não ensejar a suspensão do crédito tributário, houve o depósito integral do montante cobrado, razão pela qual não poderia o Estado de Minas Gerais promover a execução Fiscal. Assim, excepcionalmente, é possível aplicar ao caso em comento a sistemática do enunciado da Súmula 112 desta Corte (o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro).

3. Considerando ter sido a ação consignatória interposta previamente à ação executiva, impõe-se reconhecer a sua extinção, pois, segundo a jurisprudência desta Corte, a exigibilidade do crédito tributário encontrava-se suspensa.

4. Recurso especial provido.

Dessa forma, nas hipóteses em que possa haver em uma mesma operação a exigência de tributos afetos a competências tributárias distintas, poderia o sujeito passivo se valer da ação consignatória tributária.

Ainda sobre as hipóteses de cabimento da ação consignatória tributária, discute-se se é possível o ajuizamento da referida demanda visando a discussão quanto à legalidade da cobrança do crédito tributário ou do montante devido. O tema não é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Existe entendimento minoritário no sentido de que seria possível o questionamento da cobrança, com base na dicção do parágrafo 1º do artigo 164 do Código Tributário Nacional. (“A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante **se propõe a pagar**”. Grifo nosso)

A partir do enunciado prescritivo acima indicado, afirma-se que a consignatória seria cabível com a finalidade de o devedor obter a liberação de um montante inferior ao exigido pelo Fisco, podendo, conseqüentemente, discutir o valor que entende ser indevido.

Nesse sentido, a posição da autora Maria Helena Rau de Souza.(1998,p.515)

“ A ação de consignação em pagamento também merece ser incluída entre as principais ações utilizadas para a discussão da dívida fiscal. Assim porque, sobre constituir modalidade excepcional de pagamento e, portanto, de extinção do crédito

tributário (art.156, VIII, do CTN), comporta, em sua sede, controvérsia em torno do *quantum debeatur* , vale dizer, de um dos atributos inerentes à dívida ativa, qual seja, a sua liquidez.”

Do mesmo modo, o aresto a seguir colacionado oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.NATUREZA E FINALIDADE. UTILIZAÇÃO PARA CONSIGNAR VALOR DE TRIBUTO.POSSIBILIDADE.

1. O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material – do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Trata-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação.

2. Com a atual configuração do rito, a ação de consignação pode ter natureza dúplice, já que se presta, em certos casos, a outorgar tutela jurisdicional em favor do réu, a quem assegura não apenas a faculdade de levantar, em caso de insuficiência do depósito, a quantia oferecida, prosseguindo o processo pelas diferenças controvertidas (CPC, art.

899, § 1º), como também a de obter, em seu favor, título executivo pelo valor das referidas diferenças que vierem a ser reconhecidas na sentença (art. 899, § 2º).

3. Como em qualquer outro procedimento, também na ação consignatória o juiz está habilitado a exercer o seu poder-dever jurisdicional de investigar os fatos e aplicar o direito na medida necessária a fazer juízo sobre a existência ou o modo de ser da relação jurídica que lhe é submetida a decisão. Não há empecilho algum, muito pelo contrário, ao exercício, na ação de consignação, do controle de constitucionalidade das normas.

4. Não há qualquer vedação legal a que o contribuinte lance mão da ação consignatória para ver satisfeito o seu direito de pagar corretamente o tributo quando entende que o fisco está exigindo prestação maior que a devida. É possibilidade prevista no art. 164 do Código Tributário Nacional. Ao mencionar que "a consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar", o § 1º daquele artigo deixa evidenciada a possibilidade de ação consignatória nos casos em que o contribuinte se propõe a pagar valor inferior ao exigido pelo fisco. Com efeito, exigir valor maior equivale a

recusar o recebimento do tributo por valor menor. (Grifo nosso).

De nossa parte, entendemos que a expressão “crédito que o consignante se propõe a pagar” não enseja o entendimento de que o sujeito passivo poderia depositar o valor que entenda devido, para, conseqüentemente, discutir o valor remanescente, já que o depósito não se confunde com a consignação em pagamento, pois a finalidade da referida ação é a liberação da obrigação pelo pagamento, ao contrário do primeiro em que o objetivo do contribuinte é discutir a cobrança do tributo, o que é realizado através das ações declaratória, anulatória ou mesmo o mandado de segurança.

Daí o cabimento da ação consignatória do crédito tributário somente quando o consignante “se propõe a pagá-lo”.

Destarte, a doutrina majoritária posiciona-se no sentido da ausência de cabimento da ação consignatória visando o questionamento do montante exigido pelo Fisco. (Pela defesa dessa posição, cita-se os autores Cleide Previtalli Cais; Leandro Paulsen, entre outros.)

Veja-se o comentário de Sacha Calmon (2002.p.36), já citado no presente trabalho, acerca desse ponto.

“O § 1º restringe o cabimento da ação, cujo objeto é pagar e não discutir a legalidade ou a constitucionalidade da exigência. A dúvida objetiva, real e atual, sobre ser devido, ou não o tributo não cabe na augusta via da ação consignatória fiscal. O caso seria de ação declaratória.”

Esse também é o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça. (Veja-se também os julgados: REsp 685589 / RS ; REsp 628568 / RS)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE
CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.
DISCUSSÃO SOBRE A EXIGIBILIDADE E A
EXTENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA
DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282
DO STF.

1. A recorrente demonstra mero inconformismo em seu agravo regimental que não se mostra capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada. 2. Se o recorrente não aponta o relevante vício capaz de ensejar a nulidade do acórdão, restringindo-se à afirmação genérica no sentido de que não houve esclarecimento das omissões apontadas nos embargos declaratórios, há incidência da súmula 284 do STF.

3. Não há como, apreciar o mérito da controvérsia com base em dita malversação do artigo 620 do CPC e dos artigos 138 e 161 do CTN, pois não houve o devido prequestionamento. Incide, no ponto, o óbice da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

4. Trata-se o presente caso de ação de consignação proposta pela parte recorrente visando a discussão da obtenção do parcelamento do seu débito no prazo de 120 vezes, bem como a exclusão dos encargos reputados ilegais, tais como a taxa SELIC e os juros excedentes a 12% ao ano. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a ação de consignação em pagamento é via inadequada para forçar a concessão de parcelamento e discutir a exigibilidade e a extensão do crédito tributário. Precedentes.

5. Há pelo menos cinco anos foi firmada a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[o] deferimento do parcelamento do crédito fiscal subordina-se ao cumprimento das condições legalmente previstas. Dessarte, afigura-se inadequada a via da ação de consignação em pagamento, cujo escopo é a desoneração do devedor, mediante o depósito do valor correspondente ao crédito, e não via oblíqua à obtenção de favor fiscal, em burla à legislação de regência" (REsp 554.999/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 10.11.2003).

6. Agravo regimental não provido.

Importante destacar que a ação consignatória tributária também não é cabível quando se pretenda o afastamento de exigências administrativas, ainda que de caráter pecuniário, para conclusão em

programa de parcelamento de débito fiscal. É o que se extrai dos julgados AgRg no REsp 909267 / RS; REsp 628568 / RS.

3 – A CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O parágrafo 2º do artigo 164 do Código Tributário Nacional dispõe que “julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juro de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.”

Existem autores que sustentam que a ação de consignação tributária, cujo depósito seja inferior ao exigido pelo Fisco, suspende a exigibilidade do crédito tributário. Tal entendimento é baseado no parágrafo 1º, que para alguns, autorizaria a discussão da cobrança, o que é reforçado pelo parágrafo 2º, quando afirma que “julgada improcedente a consignação no todo ou e parte, cobra-se o crédito acrescido de juro de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

Para esta doutrina, se a cobrança do crédito, cujo depósito foi realizado a menor, só poderá prosseguir após a sentença de improcedência do pedido de consignação, então, a contrário sensu, a exigibilidade do crédito estaria suspensa até, e se advir a sentença de improcedência. (AMARO, Luciano, 2009, p.395).

Porém, conforme foi exposto no tópico anterior, não se afigura possível a discussão do montante devido no âmbito da ação consignatória tributária, razão pela qual não se cogita da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, salvo se o depósito for realizado no montante integral exigido pelo Fisco.

Diante da impossibilidade de discussão do crédito tributário e da realização de depósito inferior ao exigido pelo sujeito ativo, indaga-se em que hipótese poderia ocorrer a improcedência do pedido na ação consignatória e, conseqüentemente, a cobrança de juros de mora e eventuais penalidades cabíveis.

Anteriormente, foi ressaltada a inaplicabilidade prática das hipóteses de cabimento previstas nos incisos I e II, do artigo 164 do Código Tributário Nacional, remanescendo, dessa forma, apenas a possibilidade de ajuizamento da ação consignatória no caso de conflito de competência, consistente na exigência por mais de uma Fazenda Pública de tributos idênticos, incidentes sobre o mesmo fato gerador, de acordo com as observações que foram anotadas em tópico precedente, acerca da melhor interpretação do inciso III, do artigo 164 do CTN.

Assim, não se vislumbra qualquer hipótese de improcedência do pedido formulado na ação consignatória, sendo certo que qualquer pretensão manejada fora da hipótese do inciso III, do artigo 164 do CTN, acarretaria a extinção do processo sem resolução do mérito, em razão da carência da ação, pela falta de interesse de agir, não sendo, portanto, caso de improcedência do pedido.

Por outro lado, se o depósito deverá ser realizado sempre de forma integral, e, diante da sistemática prevista no artigo 1º e seus parágrafos da Lei 9703/98, na qual ocorre a transferência imediata dos valores depositados à conta única do Tesouro Nacional, cuja remuneração é realizada com base na taxa selic, sendo esta também a forma de atualização dos créditos tributários, não se imagina como poderia haver a cobrança de juros ou de eventuais penalidades.

É certo que o Código Tributário Nacional é anterior à vigência da lei 9703/98, porém, com o advento do referido diploma legal, em que o depósito relativo a qualquer débito inscrito em dívida ativa, assim que realizado, é transferido para a conta do Tesouro Nacional, sendo remunerado pela mesma taxa de juros que os créditos fiscais, conclui-se que a parte final do parágrafo 2º do artigo 164 do CTN, é atualmente inaplicável, pois não se afigura possível a cobrança de juros e eventuais penalidades, pois o depósito já teria sido convertido em renda para União no montante exigido pelo Fisco.

REFERÊNCIAS:

AMARO, Luciano, Direito Tributário Brasileiro, 15ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

ATALIBA, Geraldo, Hipótese de Incidência Tributária, 6ª edição, Editora Malheiros, Brasil, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros, Direito Tributário Linguagem e Método, 3ª edição Editora Noeses, São Paulo, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro, Manual de Direito Tributário, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003;

COELHO, Sacha Calmon Navarro, Liminares e Depósitos Antes do Lançamento por Homologação – Decadência e Prescrição, 2ª edição, Editora Dialética, Rio de Janeiro, 2002.

LOPES, Mauro Luís Rocha, Execução Fiscal e Ações Tributárias, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

PAULSEN, Leandro, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 5ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

RAU DE SOUZA, Maria Helena, obra coordenada por FREITAS, Vladimir Passos, Execução Fiscal, Editora Saraiva, 1998.

ROSENVALD, Nelson, Direito das Obrigações, 3ª edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 12ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS): ATUALIZAÇÕES RECENTES NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL

CAROLINE COELHO MIDLEJ: Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduanda em Gestão Pública pela FGV. Autora da obra: Créditos Não Tributários da União. Ed. Schoba, Salto, SP. 2011.

RESUMO: Esse estudo traz ao leitor uma análise acerca dos principais aspectos do FGTS, iniciando-se na sua natureza jurídica e focando nos aspectos processuais que envolvem a sua cobrança, em consonância com recentes alterações legislativas e jurisprudenciais que envolvem o tema.

PALAVRAS – CHAVE: FGTS/ Créditos não tributários /Sujeito ativo / Sujeito Passivo/ Prescrição

ABSTRACT: This study provides the reader with an analysis of the main aspects of the FGTS, starting from its legal nature and focusing on procedural issues surrounding its collection, in line with recent legislative and jurisprudential changes that involve the theme.

KEYWORDS: FGTS / Credits nontax / Subject active / passive Subject / Prescription

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sujeito ativo da Execução Fiscal. 2. Sujeito passivo da Execução Fiscal. 3. Fato Gerador 4.Limites legais de inscrição em Dívida Ativa e Ajuizamento 5. Prazo prescricional quinquenal. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Introdu o.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)   um direito fundamental do trabalhador, de índole social, garantido pela Constitui o Federal de 1988, em seu art. 7 , *in verbis*:

“CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art.7 . *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem   melhoria de sua condi o social:*

III – fundo de garantia do tempo de serviço”;

Ainda sob a égide da Constitui o anterior, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n  100.249-2/SP, firmou posicionamento no sentido de que as contribui es devidas ao FGTS constituem, na verdade, um direito do trabalhador não possuindo, pois, natureza tributária, *in verbis*:

EMENTA: FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SUA NATUREZA JURÍDICA. CONSTITUI O, ART. 165, XIII. LEI N. 5.107, DE 13.9.1966. AS CONTRIBUIÇOES PARA O FGTS NÃO SE CARACTERIZAM COMO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OU CONTRIBUIÇOES A TRIBUTO EQUIPARAVEIS. SUA SEDE ESTÁ NO ART. 165, XIII, DA CONSTITUI O. ASSEGURA-SE AO TRABALHADOR ESTABILIDADE, OU FUNDO DE GARANTIA EQUIVALENTE. DESSA

GARANTIA, DE INDOLE SOCIAL, PROMANA, ASSIM, A EXIGIBILIDADE PELO TRABALHADOR DO PAGAMENTO DO FGTS, QUANDO DESPEDIDO, NA FORMA PREVISTA EM LEI. CUIDA-SE DE UM DIREITO DO TRABALHADOR. DA-LHE O ESTADO GARANTIA DESSE PAGAMENTO. A CONTRIBUIÇÃO PELO EMPREGADOR, NO CASO, DEFLUI DO FATO DE SER ELE O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO, DE NATUREZA TRABALHISTA E SOCIAL, QUE ENCONTRA, NA REGRA CONSTITUCIONAL ALUDIDA, SUA FONTE. A ATUAÇÃO DO ESTADO, OU DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM PROL DO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DO FGTS, NÃO IMPLICA TORNA-LO TITULAR DO DIREITO A CONTRIBUIÇÃO, MAS, APENAS, DECORRE DO CUMPRIMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E TUTELAR A GARANTIA ASSEGURADA AO EMPREGADO OPTANTE PELO FGTS. NÃO EXIGE O ESTADO, QUANDO ACIONA O EMPREGADOR, VALORES A SEREM RECOLHIDOS AO ERARIO, COMO RECEITA PÚBLICA. NÃO HÁ, DAI, CONTRIBUIÇÃO DE NATUREZA FISCAL OU PARAFISCAL. OS DEPOSITOS DO FGTS PRESSUPOEM VINCULO JURÍDICO, COM DISCIPLINA NO DIREITO DO TRABALHO. NÃO SE APLICA AS CONTRIBUIÇÕES

DO FGTS O DISPOSTO NOS ARTS. 173 E 174, DO CTN. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, POR OFENSA AO ART. 165, XIII, DA CONSTITUIÇÃO, E PROVIDO, PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA AÇÃO.

(RE nº 100.249/SP – SÃO PAULO – Recurso Extraordinário, Relator: Min. Oscar Correa, Relator para o Acórdão: Min. Néri da Silveira, Julgamento: 02/12/1987, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 01/07/1988);(grifei).

”PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA PREVISTA NO ART. 22 DA LEI 8.036/90. MASSA FALIDA. INEXIGIBILIDADE. 1. Nos termos do art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/45, "não podem ser reclamadas na falência as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas". Assim, a jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou-se no sentido de que é descabida a cobrança de multa moratória da massa falida em execução fiscal, haja vista o seu caráter administrativo. Contudo, no caso dos autos, a controvérsia é referente à multa prevista no art. 22 da Lei 8.036/90. **2. A multa prevista no art. 22 da Lei 8.036/90 tem natureza de sanção, que é**

imposta por lei, decorrente do não-recolhimento do FGTS no prazo legal. Acrescente-se que a jurisprudência da Primeira Seção/STJ é firme no sentido de que a relação jurídica existente entre o FGTS e o empregador decorre da lei, e não da relação de trabalho. Assim, a multa em comento decorre de imperativo legal, ou seja, não possui natureza convencional, razão pela qual as partes envolvidas nessa relação jurídica não podem afastar ou modificar o seu modo de incidência. 3. Cumpre ressaltar que o beneficiário da multa é o próprio fundo — o sistema do FGTS —, e não o trabalhador. Como bem define Sérgio Pinto Martins, trata-se de "multa de natureza administrativa, num sentido amplo". 4. A princípio, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que "não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa" (Súmula 192/STF). Em virtude da vigência do atual Código Tributário Nacional, editou-se a Súmula 565/STF, in verbis: "A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência." 5. Quanto à origem da Súmula 565/STF, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 79.625/SP,

entendeu que: 1) compensada a mora pela correção monetária e pelos juros moratórios, a sanção aplicada ao falido tem sempre natureza punitiva, ou seja, "caráter de pena administrativa"; 2) o princípio contido na "Lei de Falências" é o de que não se deve prejudicar a massa. Assim, assegura-se o crédito devido, e não as sanções de natureza administrativa; 3) tratando-se de multa de caráter punitivo, e não indenizatório, é inadmissível a sua incidência sobre a massa falida — por força do art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/45 —, independentemente da denominação que receba. 6. **Conclui-se, portanto, que a multa do art. 22 da Lei 8.036/90 tem natureza legal e possui caráter de pena administrativa.** Assim, por força do mesmo princípio contido nas Súmulas 192 e 565 do STF, impõe-se o seu afastamento do crédito habilitado na falência, tendo em vista a hipótese de exclusão prevista no art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei 7.661/45. 7. Recurso especial desprovido.

(RESP 200601962675, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:28/10/2008.)”(grifei).

Assim, o FGTS é um tipo de crédito não tributário da União.

Neste aspecto, cabe informar o que são créditos tributários e os com natureza não tributária. Vejamos o art. 39 da Lei nº 4.320 de 1964:

“Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmos, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações,

reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais”

Para a professora Maria Rita Ferragut:^[1] “(...) crédito tributário é o direito subjetivo do sujeito ativo de exigir, do sujeito passivo, a prestação pecuniária a que faz jus. Contrapõe-se ao débito tributário, que consiste na obrigação do sujeito passivo de pagar a prestação pecuniária exigida pelo sujeito ativo. Esses dois elementos, somados ao objeto, compõem a relação jurídica, que por sua vez encontra-se no conseqüente da norma de lançamento tributário (...)”.

O crédito tributário é obrigação tributária líquida, certa e exigível. Se o mesmo não apresentar esses requisitos, há que se falar, apenas, em obrigação tributária e não em crédito.

Eduardo Sabbag diz que “o crédito tributário representa o momento de *exigibilidade* da relação jurídico-tributária. Seu nascimento ocorre com o lançamento tributário (art. 142 do CTN), o que nos permite o definir como uma *obrigação tributária ‘lançada’* ou, com maior rigor terminológico, *obrigação tributária em estado ativo.*”^[2]

O art. 139 do CTN informa que “O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”.

Ademais, os créditos não tributários são os decorrentes de uma relação jurídica que não tem fundo tributário. São exemplos: multas

pelo exercício do poder de polícia, as multas de qualquer origem ou natureza, como as administrativas, trabalhistas, penais e eleitorais; créditos decorrentes da utilização do patrimônio como os foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação; dos créditos decorrentes de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia de contratos em geral ou de outras obrigações, como os créditos rurais; créditos de ressarcimento ao erário; créditos de FGTS, entre outros.^[3]

1. Sujeito ativo da Execução Fiscal

A Lei nº 4.320/64, acima relacionada, determina que os créditos das Fazendas vencidos e não pagos sejam inscritos num registro específico “como Dívida Ativa”. (§ 1º do art. 39).

Isso acontece também com os créditos de fundos públicos federais.

Estes devem ser criados através de lei, de acordo com o inciso IX do art. 167 da CF/88:

“Art. 167. São vedados:

(...) IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.”

O conceito é retirado da Lei nº 4320/64:

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a turnos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Frise-se que os fundos públicos não possuem personalidade jurídica, pois são universalidades de direito, mas possuem a chamada personalidade judiciária, que é a capacidade de ser parte e de estar em juízo na defesa de seus interesses.

Um dos fundos especiais mais conhecidos por nós é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o FGTS.

Em que pese o fato de não possuírem natureza tributária, as contribuições devidas ao FGTS, são, por força de disposição legal (Lei nº 8.844/94), inscritas em Dívida Ativa e cobradas por intermédio de ação de execução fiscal, nos moldes previstos na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

A Lei nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a fiscalização, apuração e cobrança judicial das contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), prevê em seu art. 2º, que:

“Art. 2º. Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previsto na legislação respectiva.”

O dispositivo legal também autorizou que a competência para a cobrança dos valores fosse delegada à CAIXA, mediante a celebração de convênio^[4].

A título de esclarecimento, informa-se que, hoje, a PGFN apenas executa créditos de FGTS, quando os mesmos são inscritos em conjunto com os débitos da Contribuição Social prevista na LC 110/01, ressalvado os casos anteriores à vigência da Lei mencionada.

Por sua vez, a Caixa Econômica Federal é sujeito ativo quando se tratar de execução proposta para cobrança exclusiva de créditos do FGTS.

2. Sujeito passivo da Execução Fiscal

Conforme § 1º do art. 15 da Lei nº 8.036/90, o sujeito passivo do FGTS   o empregador.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administra o pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legisla o especial, encontrar-se nessa condi o ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

3. Fato Gerador

Atualmente, o FGTS encontra-se regido pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, regulamentada pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990.

Os artigos seguintes da mencionada Lei prelecionam que:

“Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remunera o paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remunera o as parcelas de que tratam os [arts. 457](#)

e [458 da CLT](#) e a gratificação de Natal a que se refere a [Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962](#), com as modificações da [Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.](#)”

(...)

“Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. [\(Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997\)](#)

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. [\(Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997\)](#)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça

do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.”

(...)

“Art. 23. Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada.

§ 1º Constituem infrações para efeito desta lei:

I - não depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS, bem como os valores previstos no art. 18 desta Lei, nos prazos de que trata o § 6º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II - omitir as informações sobre a conta vinculada do trabalhador;

III - apresentar as informações ao Cadastro Nacional do Trabalhador, dos trabalhadores beneficiários, com erros ou omissões;

IV - deixar de computar, para efeito de cálculo dos depósitos do FGTS, parcela componente da remuneração;

V - deixar de efetuar os depósitos e os acréscimos legais, após notificado pela fiscalização.”

Dessa forma, a Lei n.º 8.036/90 previu duas hipóteses de recolhimento de FGTS, uma que deve ocorrer todo mês, sendo efetuado até o dia sete de cada mês, e a outra em caso de despedida pelo empregador sem justa causa, ou, ainda, por culpa recíproca ou força maior.

Quando o empregador não cumpre com a obrigação acima mencionada, nos termos em que a legislação impõe, torna-se inadimplente perante o FGTS, e dá início a um procedimento administrativo perante o Ministério do Trabalho e Emprego, que culminará, ou não, com a constituição definitiva deste crédito. É o que prevê a Lei 8.844/94:

“Art. 1º Compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem assim a aplicação das multas e demais encargos devidos.

Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal (CEF) e a rede arrecadadora prestarão ao Ministério do Trabalho as informações necessárias ao desempenho dessas atribuições.”

4. Limites legais de inscrição em Dívida Ativa e Ajuizamento

As contribuições e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) são inscritos e cobrados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, mas não comporão a Dívida Ativa da União, e sim, o próprio fundo, visto que os mesmos, não pertencem à União, mas aos empregados e ao próprio Fundo.

Por isso, a estes créditos não havia a aplicação dos limites de inscrição e ajuizamento previstos na Portaria MF nº 75/2012 e nem do arquivamento das execuções fiscais tendo em vista o valor da mesma.

Somente após a edição da Medida Provisória nº

. 651/2014 convertida na Lei nº. 13.043, de 13 de novembro de 2014, foi estabelecido os limites mínimos de inscrição e ajuizamento dos créditos do FGTS pela PGFN, *in verbis*:

Art. 45. Não serão inscritos em Dívida Ativa os débitos de um mesmo devedor com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais).

Art. 46. Não serão ajuizadas execuções fiscais para a cobrança de débitos de um mesmo devedor com o FGTS cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Parágrafo único. Entende-se por valor consolidado o resultante da atualização do débito originário, somado aos encargos e acréscimos legais ou contratuais, vencidos até a data da apuração.

Art. 47. Ficam cancelados os débitos com o FGTS inscritos em Dívida Ativa de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

Art. 48. O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com o FGTS, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

5. Prazo prescricional quinquenal

O prazo prescricional para cobrança de multas relacionadas ao FGTS, estava previsto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/90, *verbis*:

“Art. 23 § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, **respeitando o privilégio do FGTS à prescrição trintenária**” (o destaque não é original).

Esse prazo extenso sempre foi alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, já que praticamente eternizava o processo de cobrança da dívida sem que isso trouxesse resultados plausíveis na arrecadação do mesmo.

Assim, em 13 de novembro de 2014, o STF nos autos do ARE 709.212/DF, ao qual foi conferida repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 23, §5º, da Lei 8036/90 e 55, do

Decreto 99.684/90, que fixavam em 30 (trinta) anos o prazo prescricional para a cobrança dos mesmos.

No referido julgado, entendeu o STF pela aplicabilidade da prescrição quinquenal, prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, por se tratar o FGTS de um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, e de que um prazo prescricional tão dilatado não é razoável, prejudicando a segurança jurídica.

“Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da lei 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (STF, Pleno, ARE nº 709.212/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014).

O STF modulou os efeitos da decisão, determinando a aplicação direta do prazo prescricional inserto no art. 7º, XXIX, da CF, apenas para os créditos vencidos após a sessão de julgamento, ocorrida em 13 de novembro de 2014:

“(...) Acerca da aplicabilidade da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ao controle difuso, reporto-me ao voto que proferi no Recurso Extraordinário 197.917, Rel. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004. Assim, com base nessas premissas e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 9.868/1999, proponho que os efeitos da presente decisão sejam meramente prospectivos.”

(...)

“A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos ex nunc (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso

se aplicar  o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.”

Considera es Finais

As contribui es e multas devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) se constituem em verdadeiro direito do trabalhador, e, como tal, merecem ser apresentados ao leitor de forma sistematizada, para que todos possam tomar conhecimento da sua importância social.

Nesse estudo, tivemos conhecimento dos principais aspectos que giram em torno desse importante crédito, iniciando-se da sua rela o como crédito não tributário até chegar nos aspectos processuais que envolvem a sua cobrança.

Ademais, as mudanças operadas pela edi o da Lei n . 13.043/14, que fixaram novos parâmetros para inscri o em D vida Ativa, ajuizamento e arquivamento das execu es fiscais, assim como, a declara o de inconstitucionalidade da prescri o trintenária pelo STF, medidas tomadas no final de 2014, imprimem maior segurança jurídica nas rela es e representa um significativo avanço para a promo o da celeridade na recupera o do crédito e eficiência na arrecada o.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/>>.

BRASIL. **Constitui o Federal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Portal da Justiça Federal.** Disponível em:<
<http://www.jf.jus.br/cjf>>.

BRASIL. **Presidência da República**. Disponível em:

<<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/>>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/>>.

FERRAGUT, Maria Rita. **Crédito tributário, lançamento e espécies de lançamento tributário**. Curso de especialização em direito tributário, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIDDLEJ, Caroline Coelho. **Créditos Não Tributários da União**. Salto, SP: Editora Schoba, 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOTAS:

[1] Crédito tributário, lançamento e espécies de lançamento tributário. Curso de especialização em direito tributário, 2007, p. 11/12.

[2] Manual de Direito Tributário, 2011, p.757.

[3] MIDDLEJ, Caroline Coelho. **Créditos Não Tributários da União**. Salto, SP: Editora Schoba, 2011, P.15.

[4] Art. 1º Compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem assim a aplicação das multas e demais encargos devidos.

Parágrafo único. A Caixa Econômica Federal (CEF) e a rede arrecadadora prestarão ao Ministério do Trabalho as informações necessárias ao desempenho dessas atribuições.

Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação Judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e demais encargos previstos na legislação respectiva. [\(Redação dada pela Lei nº 9.467, de 1997\)](#)

PEC 157/2003 E PEC 341/2009: PERSPECTIVAS DE ENXUGAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

TAYSON RIBEIRO TELES: Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado em Letras: Linguagem e Identidade da Universidade Federal do Acre (UFAC). Especialista em Gestão Administrativa na Educação pela ESAB, de Vila Velha-ES (2014). Graduado, na Área de Administração, em Tecnologia em Gestão Financeira, pelo Centro Universitário Oswaldo Cruz, de Ribeirão Preto-SP (2013). Servidor Público Federal Efetivo do Ministério da Educação. Membro do Conselho Regional de Administração do Acre (CRA/AC), assentado no Registro n.º6-0079. Bem como, atualmente, é Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da UFAC.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo debruçar-se sobre análise da constitucionalidade de duas Propostas de Emenda à Constituição Federal do Brasil (PEC's) que têm o fito de enxugar a Constituição Federal de 1988, reduzindo seu tamanho de forma entronada. A PEC n.º. 157, de 2003, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Santos e a segunda e a PEC n.º. 341, de 2009, de autoria do Deputado Federal Regis de Oliveira. Esta análise tecerá vocábulos sobre a Constitucionalidade, as Limitações Materiais, Limitações Implícitas e possíveis Ferimento de Cláusulas Pétreas por parte das duas Propostas.

Palavras-chaves: PEC n.º. 157; PEC n.º. 341; enxugar a Constituição Federal de 1988; análise

Abstract: This study aims to look into whether on analysis of the constitutionality of two Proposals of Amendment to the Federal Constitution of Brazil (PEC's) which have the aim to wipe the Federal Constitution of 1988, reducing its size enthroned way. The PEC. 157,

2003, authored by Congressman Luiz Carlos Santos and the second and PEC. 341, 2009, authored by Congressman Regis de Oliveira. This analysis will weave words about the Constitutionality, the material limitations, implied limitations and possible Injury immutable clauses by the two proposals.

Keywords: PEC n.º. 157; PEC. 341; wipe the Federal Constitution of 1988; analysis;

Sumário: *Introdu o. 1 PEC n.º. 157 de 2003, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Santos. 2 PEC n.º. 341 de 2009, de autoria do Deputado Federal Regis de Oliveira. 3 Uma opinio favorável ao enxugamento da Constitui o Federal de 1988: o melhor caminho a ser trilhado. Considera es Finais. Referências.*

Introdu o

Depreende-se do pensar de Moraes (2001) que Emenda   Constitui o   o processo formal de mudanças das Constitui es rígidas, por meio de atua o de certos  rgoos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias Constitui es para o exercício do poder reformador. Consiste na modifica o de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a altera o das leis ordinárias.

Este processo (Emenda Constitucional)   o único sistema de mudança formal da Constitui o. Desse *modus*, em síntese, a Emenda Constitucional   um instrumento jurídico utilizado para alterar a Constitui o Federal. O Art. 60, parágrafo 4.º e seus incisos, da atual

Constituição Federal de 1988, tratam de matérias que sob nenhuma circunstância podem ser “mexidas”, a não ser no caso que se convoque uma nova Assembleia Constituinte (a última foi em 1988, quando se aprovou a Constituição Federal vigente). Veja-se:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separa o dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

  5  - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL,1988).

1 PEC n . 157 de 2003, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Santos

Luiz Carlos Santos Nascido em Araxá (MG) em 26 de maio de 1932 era formado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco e em Administra o pela Funda o Getúlio Vargas. Foi ministro extraordinário para coordena o de assuntos políticos no governo de Fernando Henrique Cardoso e articulador da Emenda pela reelei o.

Nos governos de Orestes Qu rcia e Antonio Fleury Filho foi secretário de Negócios Metropolitanos (1988), Habita o e Desenvolvimento Urbano (1988 a 1990), Energia e Saneamento (1993 e 1994). Santos também foi vereador em São Paulo entre 1963 e 1968 pelo PDC, deputado estadual entre 1979 e 1990 pelo MDB e PMDB, deputado federal de 1991 a 1999 pelo PMDB e de 2003 a 2007 pelo PFL. Ele era filiado ao PSD, fundado pelo ex-prefeito de São Paulo, Gilberto Kassab.

Faleceu em 31/01/2013, aos 80 anos de idade. Em sua PEC n . 157 de 2003, o então Deputado Federal Luiz Carlos Santos suscita a ideia de um “enxugamento” da atual Carta Magna da República. Tal Legislador alegou, ao impetrar a Proposta, que **o alto nível de detalhamento da Constitui o a torna sempre incompatível como os governos que se**

sucedem. Exacerbando a tarefa de impor limites aos poderes, a Constituição Federal de 1988 é, na verdade, um instrumento de ingovernabilidade, frisou o nobre Deputado.

Aduzia, ainda, o deputado, que por ser muito analítica e “muito prometer”, a Constituição Federal de 1988 finda por prometer cumprir coisas impossíveis. Sendo, por fim, necessário diminuí-la, em um processo de revisão constitucional especial que se iniciaria em 2007, logo após as eleições de 2006. Todavia, a PEC em questão não obteve tanta atenção e continua em andamento no Congresso Nacional, estando, atualmente, na condição de [“Apensada à PEC 554/1997 e aguardando deliberação da Presidência”](#).

2 PEC nº. 341 de 2009, de autoria do Deputado Federal Regis de Oliveira

Régis Fernandes de Oliveira, nascido em Monte Aprazível (SP), em 19 de setembro de 1944, é um magistrado, professor e político brasileiro. Régis de Oliveira foi desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e foi eleito deputado federal pelo [PSDB](#) em 1994. Em 1996 foi eleito vice-prefeito de São Paulo, pelo PFL, na chapa de Celso Pitta. Em 1997, ocupou o cargo de Secretário Municipal de Educação.

Filiado ao PMN, assumiu interinamente a prefeitura paulistana quando o Tribunal de Justiça condenou o prefeito Pitta à perda do cargo, por enriquecimento ilícito devido a um empréstimo de oitocentos mil reais, dado a ele pelo empresário Jorge Yunes. Dezoito dias depois, foi cassado o mandado judicial que negava a Pitta a possibilidade de apelar da decisão permanecendo no cargo. Assim, Pitta voltou a exercer o cargo.

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie é hoje professor titular de Direito Financeiro na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP).

Foi eleito novamente deputado federal pelo PSC para o período 2007-2011, com cerca de 48 mil votos. Nas eleições de 2010, contudo, não conseguiu se manter na Câmara Federal. Em sua PEC nº. 341 de 2009, o então Deputado suscitou a ideia em um “enxugamento” da atual Carta Magna da República. O Congressista alegou que **na Constituição Brasileira de 1988 prevaleceu o caráter estatizante do estado.**

Alega que seu projeto não visa a abolir direitos humanos, individuais ou fundamentais. Aliás, segundo ele, nem a própria noção de direitos humanos é absoluta, porquanto tais direitos são produtos da evolução do tempo. Modificando-se os conceitos e as concepções. São citados pelo propositor da PEC autores como Ferdinand de Lassale, que teoriza sobre a verdadeira essência de uma carta constitucional; Paulo Bonavides, que afirma ser necessário que a constituição porte apenas os conteúdos mais importantes para uma sociedade.

Enfim, o Deputado afirma, peremptoriamente, que **na Constituição Federal do Brasil não pode haver um formalismo, em que existam normas que tratem que qualquer matéria.** Entretanto, a PEC em debate não auferiu tanta atenção e continua em andamento no Congresso Nacional, estando, atualmente, na condição de “Arquivada na mesa diretora da Câmara” a ser enviada à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

3 Uma *opinio* favorável ao enxugamento da Constituição Federal de 1988: o melhor caminho a ser trilhado

É conhecimento jurídico universal o preceito de que uma Constituição (documento elaborado no ato de constituição – “construção” - de um estado) deve conter apenas os seguintes elementos: a estrutura política do poder, as formas de seu exercício, o controle e os direitos e garantias fundamentais. Nada mais. Portanto, baseado no pensamento de que normas de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Processos e Procedimentos são matérias que devem ficar à responsabilidade da legislação infraconstitucional, pois tais matérias suscitam constantes mudanças, devido às mudanças de comportamento e de cultura das nações, **a propugnação de uma Constituição Sintética é consideravelmente plausível para o Brasil.**

Frisa-se importante, ainda, salientar que as duas PEC's, em análise neste estudo, em nenhum momento eliminam os direitos que se entendem imorredouros e eternos. Além do que, não se podem imobilizar, na Constituição, alguns direitos, tornando-os imunes a alterações futuras, porque o eterno “devir” não pode ser amarrado inutilmente. É importante preservar os direitos conquistados às duras penas, mas também é relevante manter alguns deles vacinados contra alterações futuras.

Faz-se mister, também, entender que não existem instituições mais importantes que outras. Entendimento que a Constituição Federal de 1988 não possui, pois menciona instituições como a OAB, o Ministério Público, a Defensoria Pública e outras, mas não menciona outras tantas instituições alicerçadoras do Estado. Logo, se não dá pra falar de “todo mundo”, não se pode querer falar do máximo de instituições que der.

Nesse rumo, o direito não pode ser totalmente constitucionalizado. O Diploma Político deve conter apenas os princípios básicos da convivência social. O mais deve ficar para o legislador derivado que dará vida às normas ao passo que com o tempo, as pessoas, os comportamentos e as instituições evoluam.

Não se pode amesquinhar a Constituição pondo nesta todo o direito. O direito é mais que a Constituição. Neste contexto, é criticável a superavaliação da vida privada dos indivíduos existente na atual Constituição Federal de 1988. É hilariante que tudo atinente à vida privada das pessoas esteja elencado na Carta Magna. *Prima facie*, todos têm a tendência de criticar os “enxugamentos” à Constituição Federal de 1988, pois, sendo individualistas, pensamos logo em possíveis extirpações de nossos direitos individuais, fundamentais e sociais.

Entretanto, em dura análise das duas Propostas de Emenda a Constituição, percebe-se que o que seria excluído seriam apenas as parcelas que especificam questões previdenciárias, tributárias e análogas. Questões estas que, ao passo das mudanças de governo e de mudanças de projetos e opiniões dos líderes, são constantemente ligadas ao conceito de ingovernabilidade e acabam por ser sempre objetos de PEC’s, Medidas provisórias e outros meios de que se valem os governantes. Dessa forma, **enxugando a constituição, estar-se-ia apenas evitando trabalhos legislativos sobre questões supérfluas que integram as constantes mudanças de comportamento dos governantes.**

Nas duas PEC’s analisadas neste trabalho é visível a manutenção dos limites constantes no parágrafo 4º do Art. 60 da

Constituição Federal de 1988, que elenca o que não pode, jamais, ser modificado (cláusulas pétreas), bem como o quantitativo de tempo dos mandatos de cargos eletivos não sofreriam qualquer mudança.

Os aspectos da governabilidade já mencionados são notórios em uma simples e perfunctória análise: até hoje, desde 1988, a Constituição do Brasil já sofrera mais de 60 Emendas e 6 Emendas de Revisão. Trabalho este que poderia ter sido substituído pela emissão de leis ordinárias sobre os temas de especificidade.

Em mais de 20 anos de sua existência, a esperança depositada da Constituição Federal de 1988 está sendo sopalada pela ineficácia de suas extensas normas. A constituição, promulgada em 1988 continha 250 artigos e outros 95 em Atos e Disposições Constitucionais Transitórios (ADCT). Atualmente, foram suprimidos, alterados e/ou adicionados cerca de 90 artigos, 312 parágrafos, além de 309 incisos e 90 alíneas.

No momento, estão em trâmite no Congresso Nacional cerca de 1.119 Propostas de modificação de alguma coisa na Constituição Federal de 1988, além de outras 1.344 propostas já arquivadas. No Senado são 393 proposições em trâmite. Daí nota-se que se a Constituição Federal contivesse apenas o essencial o tempo perdido com essas tentativas de mudanças, seria dispendido na elaboração de leis importantes, construção de políticas sociais relevantes e etc.

Parece irracional manter na atual Carta Magna dispositivos extensos e cansativos e que em nada melhoram a vida cotidiana das pessoas.

Na atualidade, prevalece a tendência de que quando não sabe como resolver determinada questão, procura-se reformar algum dispositivo da Constituição. Os contrários a um enxugamento da Constituição Federal de 1988 alegam que na PEC nº. 341, de 2009, de autoria do, à época, Deputado Regis de Oliveira, é disposto no Art. 33. § 5º da “nova Constituição Federal”, a alteração das Cláusulas Pétreas diante de circunstâncias excepcionais de alteração da realidade brasileira. Ora, pois bem, não suscita-se nenhum caráter absolutista nesta proposição, pois tal alteração far-se-á somente com a aprovação de 4/5 dos membros das casas de poder.

Assim, a matéria a ser modificada seria debatida entre “representantes do povo”. Bem como, com toda a globalização existente atualmente e a maciça preponderância dos direitos humanos e sociais, é quase impossível a propagação de leis e ou dispositivos que diminuam as liberdades individuais, no Brasil.

Alega-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 é um grande marco da proteção dos direitos humanos fundamentais. Sim, claro e isso não será retirado do texto constitucional. Dizem, também, os contrários que na implantação (aprovação) de um “enxugamento” da Constituição Federal de 1988 será perceptível uma grande ofensa às Cláusulas Pétreas, haverá existência de limitações materiais, as quais serão manipuladas e excluídas da Constituição Federal. Isso é totalmente um absurdo, pois os objetivos da República continuariam a existir e ainda seriam elencados no art. 3º da “nova Constituição Federal”.

Outro argumento é o de que a “nova Constituição” não limitaria os poderes do Judiciário. Mas, vejamos: a legislação infraconstitucional faria isso e certamente não haveria uma ditadura do judiciário. O Povo brasileiro e seus representantes não a permitiriam.

Pois bem, após todo o exposto, percebemos que os proponentes do enxugamento da CF não são indivíduos quaisquer, possuem notório saber jurídico, sendo um Desembargador aposentado e outro do Partido dos Trabalhadores (Partido de esquerda que se encontra debruçado no poder e fora um dos responsáveis pela queda da Ditadura Militar outrora vigente no país) e apenas querem que a Constituição Federal de 1988 contenha o básico atinente ao Estado e os legisladores cuidem do dia a dia dos habitantes da República. Não havendo, visivelmente, quaisquer tendências a tiranizar o poder no Brasil, em pleno Século XXI.

Portanto, percebe-se que **erigir uma *opinio* favorável ao enxugamento da Constituição Federal de 1988 é o melhor caminho a ser trilhado no presente debate.**

Considerações Finais

Finaliza-se esta explanação dizendo que se continuarmos a por tudo na Constituição Federal de 1988, caímos no Elitismo e no Coronelismo novamente. Diz-se isto, porquanto, estando vários assuntos elencados na Carta Suprema, para que mudemos o teor destes assuntos é necessária a maioria de três quintos de deputados e senadores. Assim, as minorias sociais dificilmente conseguirão o contingente de

congressistas para impedirem retrocessos e acabaremos perpetuando políticas clientelistas que tanto envergonham a nação.

Por outro lado, se pusermos apenas o básico na Constituição e dispusermos o restante em leis ordinárias, caso a elite faça “besteiras”, qualquer representante do povo poderá, por proposição de outra lei ordinária requerer a modificação da “injustiça” editada. **Uma Constituição mais enxuta permitiria que os Executivos, doravante, se organizem em torno das maiorias simples.**

Enfim, a Constituição deve conter apenas os aspectos básicos e baldrâmicos de organização de um Estado. Tanto é que tal diploma é elaborado somente no ato de surgimento/criação de uma nação. Afinal, parafraseando Lassalle é necessário indagarmo-nos a nós mesmos: **“Que realmente é uma Constituição, o que ela deve conter, qual sua essência?”**.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **PEC 157/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=131896>> Acesso em: 25 de maio de 2015.

_____. **PEC 341/2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrmitacao?idProposicao=427473>> Acesso em 25 de maio de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2001.

WIKI. **Biografia do Deputado Federal Luiz Carlos Santos**. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Luiz_Carlos_Santos> Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. **Biografia do Deputado Federal Régis de Oliveira**. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9gis_de_Oliveira> Acesso em 25 de maio de 2015.

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: ART. 5.º INCISO IX, LIBERDADE DE IMPRENSA EM CHOQUE COM O INCISO LVII, PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO:

Discente da Faculdade de Direito - AGES, estagiário no Balcão de Justiça e Cidadania - Fátima-BA, interesse de atuação: Direito Civil e Previdenciário.

RESUMO: Este trabalho tem por escopo fazer uma análise simplificada da liberdade de imprensa e do princípio da não culpabilidade, ambos garantidos pela Constituição da República de 1988. Fomentou essa pesquisa, ainda, de cunho simples, o abuso de alguns telejornais sensacionalistas e até mesmo diversos casos concretos em que a notícia ignora a presunção de inocência, principalmente a operação da Polícia Federal denominada 13 de maio. Não somente bastasse, afrontam rotineiramente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois mesmo um dia o réu recebendo uma sentença penal condenatória transitada em julgado, todos têm direitos, devem ser respeitados em seus atributos individuais e, até mesmo coletivos, aquele que praticou o ilícito, que cumpra na forma da Lei. Neste trabalho, limita-se ao questionamento de como encarar com legalidade a vontade de justiça que paira incessantemente na vida de toda uma coletividade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; liberdade de imprensa; ponderação.

1 INTRODUÇÃO

A forma de governo implantada no Brasil, ou seja, a mista, pois temos traços da direta e da representativa, como se pode observar na

Constituição da República de 1988 faz com que instituições, sejam elas públicas ou privadas, tenham um amplo poder, mas uma responsabilidade fragilizada, ou seja, não há uma reta paralela, quando se trata de poder e responsabilidade no Brasil. Aqui não se critica a Democracia, até por que se não fosse o câncer que a habita, seria a melhor forma de Governo, defendida por diversos autores fundamentais para a criação do Estado de Direito, esse câncer citado anteriormente é a corrupção que leva embora das pessoas nobres como aponta Immanuel Kant (2009) sua dignidade, o individualismo da pós modernidade faz com que ela pense em sua vitória econômica social independentemente de qualquer promessa feita na posse do seu cargo público ou privado.

A corrupção, principal mal da Democracia, seja ela na esfera pública ou privada, independentemente é o principal condicionante para os eventos aqui a serem narrados: falta de infraestrutura, saúde, educação, lazer, segurança, ou seja, são quem altera constantemente o modo de se viver em sociedade e conseqüentemente as Teorias éticas que regem essa interação humana. A forma de pensar moral de cada indivíduo no passar do tempo perdeu o seu caráter humanitário, coletivista, social, dessa forma, com as relações humanas cada vez mais escassas por conta da evolução tecnológica, a vontade de crescer e de ter poder, supera todos os traços inerentes à pessoa da pré-modernidade, quando as relações interpessoais eram mais constantes, em que o interesse individual era sufocado naturalmente pelo interesse da comunidade na qual aquele indivíduo estava inserido.

Neste trabalho, se limita, ao questionamento de como encarar com legalidade a vontade de justiça que paira incessantemente na vida de toda uma coletividade brasileira?

É certo que todas as instituições têm suas práticas positivas e negativas, mas principalmente a televisão, com todo seu poder de propagação imediata da notícia, esta, não deveria fazer juízo de valor, ou opinar sobre a materialidade da notícia, ela deveria ser neutra, principalmente se tratando de objeto Penal, pois o cidadão, para que seja condenado a prática de determinado ato ilícito, tem que passar pelo devido processo legal com direito a ampla defesa e ao contraditório, ser julgado por um juiz singular, dotado do conhecimento material e processual, de jurisdição e competência. É inadmissível que qualquer indivíduo, seja ele jornalista, “blogueiro”, apresentador, etc. continuem chamando de vagabundo, bandido, safado, enfim, pessoas que não foram julgadas pelos órgãos competentes, e mesmo que sejam julgados e condenados por uma sentença penal transitada em julgado esses adjetivos são tamanhas afrontas dignidade da pessoa humana e ao direito de imagem.

Não se faz, nesta busca, por uma ponderação de normas constitucionais, uma defesa de condenados em processos de qualquer espécie, mas sim a defesa ao princípio norteador de todo ordenamento pátrio, a dignidade da pessoa humana, todos, independentemente de sua condição social, do seu caráter ou qualidade que seja, estão amparados pela força deste princípio considerado a mãe da Constituição da República de 1988, se alguém é condenado por matar, roubar, furtar, que ao tramite do processo, a mídia divulgue, mas utilizando-se da palavra suspeito,

somente após o trânsito em julgado da ação que chame de condenado, mas não de safado e vagabundo.

O que fomentou a produção desse artigo foi a operação cuja nomenclatura foi dada 13 de maio realizada pela Polícia Federal em diversas cidades do interior Baiano, Aracaju e Distrito Federal, donde a notícia foi dada de forma contraditória, até pelo todo poderoso Jornal Nacional dos empreendimentos Globo, por exemplo: nomes errados, secretários que não passavam de parentes do Prefeito, vereador que não era vereador, ou seja, é por esse desencontro de informações que se faz presente esse trabalho, para contestar a liberdade de imprensa em nosso país, que, se, alguém, necessitar pleitear algum dano um dia, além de ter que criar e constituir o fato ilícito, terá que comprovar o dano, ou seja, busca-se aqui, a demonstração da importância de um conceito ou taxatividade do que seja abuso por parte da imprensa, hoje, ainda não temos regulação em nosso sistema legal, e rebato mais uma vez, chamar alguém, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória transitada em julgado, em rede nacional de vagabundo, bandido ou corrupto, é um ato atentatório tanto ao direito processual quanto a dignidade da pessoa humana.

2 ÉTICA E PROFISSIONALISMO

Na evolução histórica humana, surgem diversas ciências, e/ou conhece-as, já que, o próprio cunho social e presencial daquela matéria acaba fazendo com que a surja de maneira natural, ou seja, ela já existia, só não era estudada ou teorizada. Tornando-se ciência, a ética passa a ser estudada do ponto de vista formal por Aristóteles, mas há de se pensar que

ela existe desde a pré-história e tem como disciplina estudar o comportamento humano de forma a fundamentar a interação social.

A busca incessante por dias melhores, após a queda do Muro de Berlim, marco histórico do surgimento da pós-modernidade, dificultou mais ainda o que os estudiosos da ética buscam para a sociedade, hoje, no mundo onde a evolução social atropela as relações humanas e o individualismo predomina, onde a moral e ética se tornam de certa forma somente individual, é necessário, parar, perceber, que todas as previsões de um mundo desigual e cruel previsto em grandes obras da antiguidade, estão acontecendo, interessante que, no livro *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, ele aponta que o bem maior da sociedade a qualquer tempo é a felicidade absoluta e universal, porém, essa, jamais, seria alcançada, pois todo ser, tem suas necessidades individuais e coletivas, e por esse motivo, da diferente busca de bens, ficará difícil de se viver, de ser feliz universalmente.

E como tal entendemos a felicidade, considerando-a, além disso, a mais desejável de todas as coisas, sem contá-la como um bem entre outros. Se assim fizéssemos, é evidente que ela se tornaria mais desejável pela adição do menor bem que fosse, pois o que é acrescentado se torna um excesso de bens, e dos bens é sempre o maior o mais desejável. A felicidade é, portanto, algo absoluto e auto-suficiente, sendo também a finalidade da ação (ARISTÓTELES, 1991, p. 07).

Porém, existe uma ligação literal errônea de ética como sinônimo de bem, ou de fazer sempre o bem. Na verdade, um indivíduo pode estar sendo ético, mas essa sua atividade pode produzir efeitos ruins para outras pessoas. Dessa forma, a ética surge nas profissões, para regulá-las, para nortear o profissional no caminho da execução correta dos atos que lhes foram atribuídos, ou seja, o juiz, o advogado, o promotor, o professor, o jornalista, etc. de maneira natural sabem como agir com ética, mas mesmo assim, existem teorias e normas, sejam elas de instituições públicas ou privadas que vão reger essa profissão.

Os próprios princípios basilares dos ordenamentos jurídicos, mesmo não expresso, tem sua força normativa por caráter natural, o ser já nasce dotado dessa qualidade racional de julgar o que é moral, e é aí que a moral vai se distinguir da ética, não se pode falar em ética individual, pois ela vai ser o regulamento da moral individual, vai ser o estudo científico das atividades tidas com moral individualmente, para depois, em prol de toda uma efetividade coletiva, surgir esse regulamento ou norteamo ético que sirva para todos.

Portanto, é pela existência de um dever ético, seja ele em qualquer profissão, que este trabalho se limita ao poder da mídia, principalmente da televisão.

A ideia de responsabilidade profissional consta de códigos desde os Sumérios, por volta de 4000 a. C. As leis que regem essa responsabilidade estavam em vigor muito antes de Hamurabi ter codificado as normas que regularam o reino caldeu-babilônio (KORTE, 1999, p. 155).

Assim, não há que se falar em profissionalismo, sem algo que norteie os atos do profissional, e nada mais justo que seja a ética. O profissional que vai a frente de uma rede de televisão para dar determinada notícia não deve, jamais, ser parcial, ele, somente, irá noticiar, dar publicidade de determinado fato para a sociedade que precisa de uma resposta dos órgãos competentes. O Código de Ética do Jornalista, em seu art. 4.º, alude que, “O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade no relato dos fatos, razão pela qual ele deve pautar seu trabalho pela precisa apuração e pela sua correta divulgação”. Conhecer o fato em um dia e no mesmo chamar de vagabundo e bandido é conhecer a veracidade? Antoine Garapon (1952, p. 257) afirma que “a ética não concerne apenas aos juízes. Visto que o ativismo jurisdicional é a tal ponto ligado à mídia, é preciso colocar a questão e sua deontologia, especialmente no que se refere ao segredo da instrução”.

Portanto, o ser profissional, é agir com ética, não somente de acordo com o próprio código de ética, às vezes, ele pode ser falho, mas com toda a bagagem que o profissional vai adquirindo em sua jornada de estudos, cito essa questão, pois Gustavo Korte (1999, p. 153) fomenta a idéia se seria necessário que todos os códigos de ética devem ter norteamentos em comum, de todos os estudos realizados sobre a ética ate os dias atuais, são importantes, sem dúvida, mas o homem sabe quando ele está agindo com justeza, para Gustavo Korte (1999, p. 165), “o estudo da ética nos permite corrigir os vícios e acentuar as virtudes, de tal forma que, em cada opção, escolha e ação, nós podemos obter resultado mais justo, próprio e oportuno”.

3 LIBERDADE DE IMPRENSA

Toda lei anterior a Constituição da República de 1988 deve ser compatível com todos os princípios e regramentos constitucionais, a Lei n.º 5.250/67 como se sabe fora criada em período da ditadura militar, e por incrível que pareça em um período de censura absoluta, esta deu amplos poderes aos jornalistas em alguns pontos, mas em outros, na punibilidade, por exemplo, injúria e calúnia chegando a ter a pena maior de que a do próprio Código Penal. Por esta razão, pela notoriedade fática que a Lei de imprensa não fora recepcionada pela Constituição da República de 1988 que, em 2009, exatamente no dia 30 de abril o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 130 que afirmou a lei de imprensa como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Não se pode confundir liberdade de expressão ou informação com liberdade absoluta de imprensa. Como dito na introdução deste trabalho, um dos males da democracia é a alta liberdade de poderes das instituições, de ações humanas sociais e a baixa responsabilidade que regem as profissões ou até mesmo as atividades de um modo geral.

Numa democracia, ninguém pode exercer um poder exorbitante se não lhe é conferida uma responsabilidade equivalente. Não seria, portanto, preciso responsabilizar os jornalistas, exigindo deles nada mais, nada menos que prudência, hoje esperada de todos os profissionais (médico, cientista, empresário etc.), ainda mais quando exercem um papel político (GARAPON, 1952, p. 258).

Para Antoine Garapon (1952, p. 75), “a mídia desperta uma ilusão de democracia direta, quer dizer, o sonho de acesso à verdade, livre de

qualquer mediação. Este sonho é tão antigo quando à democracia”. Este mesmo autor aponta que a mídia só será democrática no dia que os bastidores dos programas e todo seu funcionamento e material midiático seja discutido por diversas pessoas capacitadas para tanto.

A Liberdade de imprensa brasileira se alicerça principalmente do art. 5.º, inciso IX da CR/88, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Hoje, principalmente os jornalistas e apresentadores de programas sensacionalistas, que é o ponto principal deste trabalho, pensam que o seu direito é absoluto, mas é muito importante salientar que na Constituição República de 1988 não tem hierarquia de principio ou direito fundamental, ambos estão no mesmo nível de abrangência e, caso haja choque destes, mesmo assim não se exclui um do ordenamento, far-se-á ponderação para o determinado caso concreto, sopesando aquela casuística e aplicando o normativo constitucional mais propicio para o analisado caso.

Principalmente, tradando-se das ciências criminais, o jornalista não tem conhecimento técnico para fazer juízo de valor sobre determinado caso.

Hoje, existem diversos casos concretos em que a mídia, com a noticia passada de forma errada e até mentirosa, ocasiona a verdadeira condenação de cidadãos, pessoas corretas que não devem nada a sociedade ou a justiça.

Em um país tomado pela individualidade, donde as pessoas querem fazer e fazem “justiça” com as próprias mãos, todas as entidades formadoras de pensamento devem sofrer limitações, não a censura, mas

uma limitação legal, responsável, que não infrinja nenhum direito ou princípio fundamental. Aqui não se busca que a imprensa tenha seu direito censurado, mas que seja feita limitações legais e que também, assim como o próprio processo, respeito o devido processo legal, o princípio da não culpabilidade. Jornalistas sensacionalistas que não cumprem com o seu papel social, esquecem-se da ética diariamente, fazendo juízo de valor se utilizando do senso comum, como se fossem indivíduos não formadores de opinião. Isso, jamais, em uma democracia deve acontecer.

4. PROCESSO PENAL: PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SEUS EFEITOS

No direito pátrio são diversos princípios que devem ser cumpridos de forma concreta no processo penal, como: devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, enfim, outros mais, gerais e específicos, mas o que tem repercussão e importância para o trabalho elaborado, em razão de seu título e teor científico, é o princípio da não culpabilidade que se encontra na Constituição da República de 1988 em seu art. 5.º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A Constituição estabelece, no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade (MENDES, 2013, p. 620).

Ou seja, toda vez que alguém imputa qualidade delituosa ou fato a outrem que venha a ferir sua imagem antes do devido processo legal, ou seja, da sentença penal condenatória transitada em julgado, tem que ser responsabilizado, pois este, além de está agredindo o princípio da não culpabilidade, também afronta o da dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade e infinitos direitos norteadores do ordenamento jurídico, dessa forma o efeito do princípio da não culpabilidade   que ninguém poderá ser declarado ou taxado como culpado antes da sentença penal condenatório transitada em julgado, esse sim “absoluto”, não a liberdade de imprensa.

A imprensa   um mecanismo ou um poder independente em prol da sociedade, não deve se voltar contra ela, o profissional deve agir com  tica, respeitando todos os indivíduos, até mesmo aqueles que são telespectadores, pois se uma noticia   passada de forma errada ou mentirosa com intuito de dar audiência, os que assistem absolvem essas idéias e formam seu pensamento de forma errada também,   por essa razão que tudo que se ler, escuta e ver deve ser filtrado, mas como que um indivíduo que não tem sua forma o acadêmica estudantil conseguirá fazer essa filtragem? Volta-se a falar do respeito que qualquer meio propagador de conhecimento deve ter para com os adquirentes, os ensinamentos  ticos não vem de berço, mas sim de toda a vida de forma o acadêmica e social, até porque, nenhum daqueles que chegaram as grandes redes televisivas deixaram de estudar a  tica com rigor.

Não se pode retroagir com o tempo,   vedado o retrocesso social, tudo tende a melhorar e não a piorar,   inadmissível que se volte   época

do processo de Franz Kafka onde pessoas eram acusadas e condenadas ao menos sem saber o que cometera.

Segundo Kafka (2005), Enquanto K., esperava seu café da manhã como de costume foi abordado e detido, ele pede explicações, mas recebe a instrução para manter-se calmo e aguardar, indignado com tais atitudes dos “policiais”, exige uma audiência com o inspetor, que lhe é negado. Condenado na primeira audiência por tal tribunal fica impaciente por ter que ir trabalhar com três indivíduos lhe vigiando. No seu trabalho, recebe uma ligação, informando a decisão de que seria ouvido em audiência no próximo domingo. Ao chegar é recebido por uma linda mulher e conduzido a um ambiente onde se encontram muitos homens. O Tribunal. Indignado e revoltado com tais atitudes indaga o porquê da acusação e tem sua expectativa frustrada todas às vezes e acaba pedindo para ser morto.

Apesar de, a obra ter sido escrita à época de influência do iluminismo e ter diferentes interpretações, religiosa e processual, neste caso, é processual, eram as condenações que aconteciam sem ao menos haver processo, como no caso da dona de casa Fabiane que foi espancada até a morte por uma notícia irresponsável na internet e pela má formação e interpretação dos usuários das redes sociais, principalmente influenciados pelo estado em que o país se encontra e fomenta a “justiça” com as próprias mãos.

Uma dona de casa, mãe de dois filhos, morreu, hoje, depois de passar dois dias internada em estado grave, no litoral de São Paulo. Ela tinha sido espancada por um grupo de pessoas, à luz do dia, no bairro onde

morava. A polícia investiga se o crime foi motivado por um boato publicado na internet (G1, 2014, p.1).

Não se pode condenar somente a mídia, pois essa é a prova maior da perda de confiança da sociedade nas instituições públicas, como: a polícia, poder judiciário e legislativo. Mas se existe um poder capaz de levar a informação, de levar a sociedade a refletir, que não seja corrompida como os outros. É por esta razão que a mídia deseja o “poder absoluto”, para poder se corromper como qualquer outro poder e não ser responsabilizada. Porém é importante salientar que existem pessoas em ambos os poderes dignas de respeito.

5. CHOQUE DE DIREITOS E PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS

Para iniciar um juízo em relação a conflito, choque de direitos e princípios fundamentais, é de tamanha importância deixar explícito que não há hierarquia, ou seja, todos estão no mesmo nível hierárquico, todos tem o mesmo potencial jurídico, e norteamento social. Outra observação plausível em relação à ponderação de direitos fundamentais que é a técnica utilizada para dar resposta a um litígio, é que quando ponderado aquele choque, não é que o direito fundamental “x” é mais importante que o “y”, mas que, naquele determinado caso concreto, ele deverá ser acatado por circunstâncias jurídicas, probatórias, fáticas, legais, e até mesmo sociais em relação ao outro.

Estas colisões de direitos fundamentais, de tal forma, os conflitos desses direitos com outra classe de valores constitucionais estão despertando e atraindo para as discussões e posicionamentos a doutrina mais moderna. A matéria mais discutida são os limites dos distintos direitos fundamentais.

Mendes (2012) aponta que ultimamente, a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e o das regras). As regras satisfazem às normas, não é viedouro traçar um norte estabelecendo uma forma gradual de cumprimento do que a regra institui. Quando uma regra está em conflito com outra, o conflito se resolverá com os termos da validade, ou seja, com os critérios estabelecidos em lei para excluir uma das leis conflitantes, é sabido que as duas normas/regras, quando percebido, não poderão conviver no mesmo ordenamento.

Mendes (2012) afirma que os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. O princípio é ilimitado, é interpretável ilimitadamente, tem uma força normativa excepcional, pois ele vai além do próprio ordenamento para que a justiça e o direito sejam aplicados, daí, Mendes (2012) aponta que, o princípio é mandado de otimização, já que impõe que seja realizado na máxima extensão possível, o bem jurídico deve ser satisfeito e protegido na maior medida que as conjunturas permitem, seguindo desta forma as Teorias criadas por Robert Alexy.

Já fora dito, e será melhor exposto agora que quando em determinado caso concreto se tem a incidência de aplicabilidade de dois princípios ou direitos fundamentais, o lastreamento jurídico para tal situação, nunca, em nenhuma hipótese deverá ser a mesma aplicação quando duas regras se chocam. Na ponderação de princípios é formidável, pois é de necessidade observar que nenhum dos princípios pode ser interpretado como excluído do ordenamento jurídico por irremediável

contradição com outro, o que deve ser feito é um juízo baseado na conciliação entre os princípios para que se determine qual será melhor aplicado, respeitando a extensão variável de cada um desses princípios.

O princípio tem um poder normativo único de se adaptar aquela determinada situação. Quando a o choque de princípios em determinado caso concreto, dizem-se pesando-se os interesses em conflito, pois é com o devido processo legal que se saberá qual princípio deve prevalecer. Segundo Mendes (2012) naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática. É preciso muita cautela para essas aplicações e sempre utilizar o critério do princípio da proporcionalidade que regra que para que um direito seja efetivado, outro seja sacrificado, ou seja, que este direito sacrificado seja útil para a solução do problema. O juízo de ponderação consiste em que embora os princípios tenham o mesmo peso hierárquico, eles possuem “pesos abstratos”.

6. LIBERDADE DE IMPRENSA X PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Em uma sociedade Democrática de Direito onde toda norma a ser criada deve sem exceção seguir os preceitos Constitucionais para que não seja posteriormente ou até mesmo no seu processo de elaboração declarada inconstitucional é rotineiro percebe-se algo estranho ao ordenamento ao passar dos anos, em decorrência da evolução social. Importante entender que aqui não se discute o choque da lei de imprensa, mas o direito fundamental de direito de imprensa, direito da personalidade, da dignidade da pessoa humana e principalmente o princípio da não culpabilidade. É vedada no ordenamento jurídico a divulgação de imagem íntima ou até mesmo de uma imagem particular

sem a devida autorização, força do direito fundamental da personalidade, CR/88, art. 5.º, inciso V – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

O indivíduo que se encontra custodiado, algemado, sem o devido processo legal, ainda em fase de inquérito ou mesmo processual goza da presunção de inocência, ainda que realizada a prisão em flagrante delito, parece ser absurdo, mas não é, é direito Constitucional fundamental, assim como qualquer outro hierarquicamente igual, essa preservação da imagem tem fundamento, pois este cidadão pode ser inocentado ou até mesmo pode ser descoberto em fase de inquérito que não é réu, foi somente suspeito. Então porque a mídia quer o poder de taxar de culpado um indivíduo antes do transito em julgado da sentença criminal?

Assim diz seu art. XI: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS).

Caso venha a ser inocentado, sua exposição em uma rede de TV como o Jornal Nacional, Jornal da Bandeirante, etc. será irreversível, é tanto que o direito civil na busca desse cidadão pela efetivação de um direito que lhe foi violado não chama de reparação por dano moral, mas sim, de indenização, pois um dano à pessoa humana não se repara, os danos causados a sua imagem, jamais serão reparados.

A imprensa também tem seu importante papel social, demasiadamente, aqui não se luta contra a imprensa, mas contra sua liberdade absoluta a qual, aparando também no art. 5.º da CR/88 como já visto anteriormente, mas o que se discute aqui é a forma de se fazer jornalismo, o sensacionalismo que permite que verdadeiros antiprofissionais se utilizem de um meio de propagação de notícia tão poderoso para afrontar a própria Constituição da República de 1988, mãe de todo o ordenamento jurídico, que é chamado de Leis Infraconstitucionais, para tanto quando se aponta um caso concreto como a operação 13 de maio, quem deve ter maior peso na ponderação desses direitos fundamentais?

Com certeza, sem sombra de dúvidas, é a presunção de inocência, até por uma questão de *fumus boni iuris*, é necessário que a fumaça do bom direito se faça, senão vejamos. Determinada pessoa é suspeita de um homicídio, a polícia intima para depor, chama a imprensa, no momento que o cidadão chega a Delegacia de Polícia Civil, presente diversos repórteres, gravam sua imagem, no mesmo dia e até mesmo ao vivo, indivíduos que não respeitam de forma alguma a ética, o taxam de bandido, vagabundo e pior, imputam aquele crime antes mesmo que o processo tenha iniciado, isso é muito difícil de ser revertido, é por essa questão que a mídia deva ter autorização do suspeito, réu, enfim, para poder dar a notícia, sem fazer juízo de valor ou denegrir a honra desse indivíduo. Indiscutivelmente a imprensa deve ter mais respeito, e nesse caso concreto em que se tem apenas um inquérito policial, com toda certeza tem que indenizar esses legitimados.

CONCLUSÃO

Todo trabalho fora realizado tendo como principal impulso, a operação 13 de maio realizada principalmente na cidade de Fátima, Estado da Bahia pela Polícia Federal. Rotineiramente ao assistir jornais como qualquer cidadão comum, principalmente um estudante de Direito que deve estar sempre atualizado, é comum taxarmos como verdadeiro, principalmente, tudo o que passa no Jornal Nacional da rede Globo de televisão, mas a partir desta operação citada, foi que, percebi, que não é bem assim, que em quase 2 (dois) minutos de notícia, somente era verídico poucas afirmações noticiadas, informações simples como cargos e nomes, todas erradas, mas foi ao menos uma notícia.

Coisa pior aconteceu em jornais sensacionalistas, que não vai de encontro apenas com o princípio da não culpabilidade, mas com a própria legalidade, o grande problema que passa a sociedade hoje, alguns autores citam que no momento histórico que vivemos, as pessoas passam a viver tão só, que encontra no judiciário o amigo que necessitam para conversar, ou seja, que o número de processos sem causa de pedir aumentam drasticamente, mas penso o contrário, até mesmo das estatísticas, o que acontece é que muita gente deixa de exercer um direito previsto na Constituição da República de 1988, que é o direito de ação, da devida prestação jurisdicional.

Outra vez, pondera-se aqui, a importância de não se limitar nenhum dos poderes ou direitos previstos no ordenamento jurídico, mas sim dar a devida responsabilidade para qualquer atividade, seja ela individual ou coletiva, pública ou privada. Toda forma de poder, principalmente em uma democracia, tem que indiscutivelmente ter a responsabilidade, seja ela, civil, penal ou administrativa paralelamente a esse poder, pois se não,

irão continuar acontecendo casos como o exposto, onde um poder ou categoria pensa que é absoluto, não se busca, jamais, a censura, mas o respeito à imagem de qualquer indivíduo, e que se infringido esse direito, que haja a devida indenização e sanção penal, afim de que não se repita rotineiramente como acontece no Brasil.

Além do direito fundamental à preservação da imagem, temos como já apontado anteriormente o principio da não culpabilidade, ou seja, da presunção de inocência que garante que ninguém, até mesmo em caso de flagrante delito será taxado de culpado antes da sentença penal condenatória transitada em julgado. É sim um direito “absoluto”, a imprensa pode divulgar o nome, a foto, etc., desde que arque com as consequências previstas no código civil, indenização por dano a imagem, isso é claro, a Constituição da República de 1988 não deixa dúvidas no seu artigo.

Existem tantas outras notícias mais importantes, mas a culpa é do ouvinte, telespectador, que gasta seu tempo precioso, sentado ouvindo “profissionais antiéticos”, está ai o porquê da má qualidade de formação de pensamento dos indivíduos, ao invés de pegar um bom livro, passam horas vendo barbaridades na TV, e acham bonito, e quando o bandido morre, dizem: “bandido bom é bandido morto”. O que me deixa mais assustado é que autores de 200 anos atrás, de muito mais tempo, já previam esses mesmos problemas, onde a vida passa a valer R\$ 0,50 centavos, impressionante o quando todos os mecanismos Estatais e sociais estão em crise.

Pergunto-lhe, quem ou o que pode livrar a sociedade do caos, não foi para isso que o Direito surgiu?

REFERENCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 1991.

COMPARATO, Fábio Conder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

JORNAL NACIONAL. **Espancamento em massa de cidadã inocente**, <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2014/05/dona-de-casa-morre-espancada-no-litoral-paulista-apos-boato-na-internet.html>.

KAFKA, Franz. **O Processo**, tradução: Torrieri Guimarães, 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, tradução: Lucimar A., São Paulo: Martin Claret, 2009.

KORT, Gustavo, **Iniciação à Ética**, 1. ed. São Paulo: Peiropoles, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

APONTAMENTOS   DECLARA O DO MÉXICO DE 1985: A CONFORMA O DO DESENVOLVIMENTO ECON MICO E A AFIRMA O DO DISCURSO EM PROL DA IDENTIDADE CULTURAL

TAU  LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Gradua o em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Declara o do México de 1985. Cuida salientar que o meio ambiente cultural   constituído por bens culturais, cuja acep o compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localiza o geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa intera o entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percep o são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira   o resultado daquilo que era próprio das popula es tradicionais indígenas e das transforma es trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema,   perceptível que   algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência   memória,   a o e   identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e

imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Apontamentos à Declaração do México de 1985: A conformação do Desenvolvimento Econômico e a afirmação do discurso em prol da Identidade Cultural.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à 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 ênfase, 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.

Com espreque em tais premissas, 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 Nº. 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 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 Política 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, de maneira pertinente as ponderações vertidas, 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 destaca:

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].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*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 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. Pois bem, 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 vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da 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/AM, 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 geminação 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, aprovou o 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 Federal 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 subsiste 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. Nesta senda, o direito à interidade 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.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. *“A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações*

tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em

comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N°

2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto Nº. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de

valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Apontamentos à Declaração do México de 1985: A conformação do Desenvolvimento Econômico e a afirmação do discurso em prol da Identidade Cultural

Em um primeiro momento, cuida anotar que o mundo tem sofrido profundas transformações nos últimos anos. Os avanços da ciência e da técnica têm modificado o lugar do homem no mundo e a natureza de suas relações sociais. A educação e a cultura, cujo significado e alcance têm se ampliado consideravelmente, são essenciais para um verdadeiro desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Não obstante o acréscimo das possibilidades de diálogo, a comunidade das nações enfrenta também sérias dificuldades econômicas, a desigualdade entre as nações é crescente, múltiplos conflitos e graves tensões ameaçam a paz e a segurança. Por tal razão, hoje é mais urgente que nunca estreitar a colaboração entre as nações, garantir o respeito ao direito dos demais e assegurar o exercício das liberdades fundamentais do homem e dos povos, e do seu direito à autodeterminação. Mais do que nunca é urgente erigir na mente de cada indivíduo estes baluartes da paz que, como afirma a constituição da UNESCO, podem constituir-se principalmente através da educação, da ciência e da cultura. Ao reunir-se no México, a Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais, a comunidade internacional decidiu contribuir efetivamente para a aproximação entre os povos e a melhor compreensão entre os homens.

O primeiro princípio edificado na Declaração do México de 1985 é o da identidade cultural, explicitando que cada cultura representa um conjunto de valores único e insubstituível já que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo. A afirmação da identidade cultural contribui, portanto, para liberação dos povos; ao contrário, qualquer forma de dominação nega ou deteriora essa identidade. A identidade cultural é uma riqueza que dinamiza as possibilidades de realização da espécie humana ao mobilizar cada povo e cada grupo a nutrir-se de seu passado e a colher as contribuições externas compatíveis com a sua especificidade e continuar, assim, o processo de sua própria criação. Todas as culturas fazem parte do patrimônio comum da humanidade. A identidade cultural de um povo se renova e enriquece em contato com as tradições e valores dos demais. A cultura é um diálogo, intercâmbio de ideias e experiências, apreciação de outros valores e tradições; no isolamento, esgota-se e morre. O universal não pode ser postulado em abstrato por nenhuma cultura em particular, surge da experiência de todos os povos do mundo; cada um dos quais afirma a sua identidade. Identidade cultural e diversidade cultural são indissociáveis.

As peculiaridades culturais não dificultam, mas favorecem a comunhão dos valores universais que unem os povos. Por isso, constitui a essência mesma do pluralismo cultural o reconhecimento de múltiplas identidades culturais onde coexistirem diversas tradições. A comunidade internacional considera que é um dever velar pela preservação e defesa da identidade cultural de cada povo. Tudo isso reclama políticas culturais que protejam, estimulem e enriqueçam a identidade e o patrimônio

cultural de cada povo, além de estabelecerem o mais absoluto respeito e apreço pelas minorias culturais e pelas outras culturas do mundo. A humanidade empobrece quando se ignora ou se destrói a cultura de um grupo determinado. Há que se reconhecer a igualdade e dignidade de todas as culturas, assim como o direito de cada povo e de cada comunidade cultural a afirmar e preservar sua identidade cultural, e a exigir respeito a ela.

Outro corolário importante é a dimensão cultural do desenvolvimento, a Convenção de 1985 anota que a cultura constitui uma dimensão fundamental do processo de desenvolvimento e contribui para fortalecer a independência, a soberania e a identidade das nações. O crescimento tem sido concebido frequentemente em termos quantitativos, sem levar em conta a sua necessária dimensão qualitativa, ou seja, a satisfação das aspirações espirituais e culturais do homem. O desenvolvimento autêntico persegue o bem-estar e a satisfação constantes de cada um e de todos. É indispensável humanizar o desenvolvimento; o seu fim último é a pessoa, sua dignidade individual e na sua responsabilidade social. O desenvolvimento supõe a capacidade de cada indivíduo e de cada povo de informar-se a aprender a comunicar suas experiências. Proporcionar a todos os homens a oportunidade de realizar um melhor destino supõe ajustar permanentemente o ritmo do desenvolvimento.

Um número cada vez maior de mulheres e homens deseja um mundo melhor. Não só persegue a satisfação de suas necessidades fundamentais, mas o desenvolvimento do ser humano, seu bem-estar e sua possibilidade de convivência solidária com todos os povos. Seu objetivo

não é a produção, o lucro ou o consumo per se, mas a sua plena realização individual e coletiva e a preservação da natureza. O homem é o princípio e o fim do desenvolvimento. Qualquer política cultural deve resgatar o sentido profundo e humano do desenvolvimento. Requerem-se novos modelos e é no âmbito da cultura e da educação que serão encontrados. Só se pode atingir um desenvolvimento equilibrado mediante a integração dos fatores culturais nas estratégias para alcançá-lo; em consequência, tais estratégias deverão levar sempre em conta a dimensão histórica, social e cultural de cada sociedade.

A Convenção de 1985, ainda, foi responsável por estabelecer vinculação direta entre a cultura e a democracia, rememorando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, no seu artigo 27, que toda pessoa tem direito a tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, a gozar das artes e a participar do progresso científico e dos benefícios que dele resultem. Os Estados devem tomar as medidas necessárias para alcançar este objetivo. A cultura procede da comunidade inteira e a ela deve retornar. Não pode ser privilégio da elite nem quanto a sua produção nem quanto a seus benefícios, democracia cultural supõe a mais ampla participação do indivíduo e da sociedade no processo de criação de bens culturais, na tomada de decisões que concernem à vida cultural e na sua difusão e fruição. Trata-se, sobretudo, de abrir novos pontos de entrosamento com a democracia pela via da igualdade de oportunidades nos campos da educação e da cultura. É preciso descentralizar a vida cultural, no plano geográfico e no administrativo para assegurar que as instituições responsáveis conheçam melhor as preferenciais opções e necessidades da sociedade em matéria de cultura. É

essencial, por consequência, multiplicar as oportunidades de diálogo entre a população e os organismos culturais.

Um programa de democratização da cultura obriga, em primeiro lugar, descentralização dos lugares de recreio e fruição das belas-artes. Uma política cultural democrática tornará possível o desfrute da excelência artística em todas as comunidades e entre toda a população. A fim de garantir a participação de todos os indivíduos na vida cultural, é preciso eliminar as desigualdades provenientes, entre outras, da origem e da posição social, da educação, da nacionalidade, da idade, da língua, do sexo, das convicções religiosas, da saúde ou da pertinência a grupos étnicos minoritários ou marginais. Nesta dimensão, o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas. Qualquer povo tem o direito e o dever de defender e preservar o patrimônio cultural, já que as sociedades se reconhecem a si mesma através dos valores em que encontram fontes de inspiração criadora.

O patrimônio cultural tem sido frequentemente danificado ou destruído por negligência e pelos processos de urbanização, industrialização e penetração tecnológica. Mais inaceitáveis ainda são, porém, os atentados ao patrimônio cultural perpetrado pelo colonialismo, pelos conflitos armados, pelas ocupações estrangeiras e pela imposição de valores exógenos. Todas essas ações contribuem para romper o vínculo e

a memória dos povos em relação a seu passado. A preservação e o apreço do patrimônio cultural permitem, portanto, aos povos defender a sua soberania e independência e, por conseguinte, afirmar e promover sua identidade cultural. Princípio fundamental das relações culturais entre os povos é a restituição a seus países de origem das obras que lhes foram subtraídas ilicitamente. Os instrumentos, acordos e relações internacionais existentes poderiam ser reforçados para aumentar sua eficácia a esse respeito.

A Convenção de 1985, ainda, colocou em ofuscante destaque a necessidade de fortalecer as relações entre cultura, educação, ciência e comunicação, explicitando que o desenvolvimento global da sociedade exige políticas complementares nos campos da cultura, da educação, da ciência e da comunicação, a fim de estabelecer um equilíbrio harmonioso entre o progresso técnico e a elevação intelectual e moral da humanidade. A educação é o meio por excelência para transmitir os valores culturais nacionais e universais, e deve procurar a assimilação dos conhecimentos científicos e técnicos sem detrimento das capacidades e valores dos povos. Requer-se atualmente uma educação integral e inovadora que não só informe e transmita, mas que forme e renove, que permita aos educandos tomar consciência da realidade do seu tempo e do seu meio, que favoreça o florescimento da personalidade, que forme na autodisciplina, no respeito aos demais e na solidariedade social e internacional; uma educação que capacite para a organização e para a produtividade, para a produção de bens e serviços realmente necessários que inspire a renovação e estimule a criatividade. Ao lado disso, é imprescindível revalorizar as línguas nacionais como veículos do saber. A

alfabetização é condição indispensável para o desenvolvimento cultural dos povos.

O ensino da ciência e da tecnologia deve ser concebido principalmente como um processo cultural de desenvolvimento do espírito crítico e integrado aos sistemas educativos, em função das necessidades de desenvolvimento dos povos. Uma circulação livre e uma difusão mais ampla e melhor equilibrada da informação, das ideias e dos conhecimentos, que constituem alguns dos princípios de uma nova ordem mundial da informação e da comunicação, supõe o direito de todas as nações não só de receber, mas também de transmitir conteúdos culturais, educativos, científicos e tecnológicos. Os meios modernos de comunicação devem facilitar a informação objetiva sobre as tendências culturais nos diversos países, sem lesar a liberdade criadora e a identidade cultural das nações. Os avanços tecnológicos dos últimos anos têm dado lugar à expansão das indústrias culturais. Tais indústrias, qualquer que seja a sua organização, desempenham um papel importante na difusão de bens culturais. Nas suas atividades internacionais, no entanto, ignoram muitas vezes os valores tradicionais da sociedade e suscitam expectativas e aspirações que não respondem às necessidades efetivas do seu desenvolvimento. Por outra parte, a ausência de indústrias nacionais, sobretudo nos países em via de desenvolvimento, pode ser fonte de dependência cultural e origem de alienação.

É indispensável, em consequência, apoiar o estabelecimento de indústrias culturais, mediante programas de ajuda bilateral ou multilateral, nos países que delas carecem, cuidando sempre para que a produção e difusão de bens culturais respondam às necessidades de desenvolvimento

integral de cada sociedade. Os meios modernos de comunicação têm uma importância fundamental na educação e na difusão da cultura. Em consequência, a sociedade há de se esforçar em utilizar as novas técnicas de produção e da comunicação para colocá-las a serviço de um autêntico desenvolvimento individual e coletivo e favorecer a independência das nações, preservando sua soberania e fortalecendo a paz no mundo. A cultura é o fundamento necessário para o desenvolvimento autêntico. A sociedade deve realizar um esforço importante dirigido a planejar, administrar e financiar as atividades culturais.

No mais, a Convenção de 1985 foi responsável por ponderar a necessidade de uma cooperação cultural internacional, sendo essencial para a atividade criadora do homem e para o completo desenvolvimento da pessoa e da sociedade a mais ampla difusão das ideias e dos conhecimentos, baseada em intercâmbio e em reuniões culturais. Uma cooperação mais ampla e uma compreensão cultural sub-regional, regional, inter-regional e internacional são pressupostos importantes para obter um clima de respeito, confiança, diálogo e paz entre as nações. Tal clima não poderá ser alcançado plenamente sem que sejam reduzidos e eliminados os conflitos e tensão atuais, detida a corrida armamentista e conseguido o desarmamento. A conferência reitera solenemente o valor e a vigência da Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural, aprovada na sua décima quarta reunião, pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

A cooperação cultural internacional deve fundamentar-se no respeito à identidade cultural, à dignidade e ao valor de cada cultura, à independência, às soberanias nacionais e à não intervenção.

Consequentemente, nas relações de cooperação entre as nações deve evitar-se qualquer forma de subordinação ou substituição de uma cultura por outra. É indispensável, além disso, reequilibrar o intercâmbio e a cooperação cultural a fim de que as culturas menos conhecidas, em particular as de alguns países em vias de desenvolvimento, sejam mais amplamente difundidas em todos os países. Os intercâmbios culturais, científicos e educativos devem fortalecer a paz, respeitar os direitos do homem e contribuir para a eliminação do colonialismo, do neocolonialismo, do racismo, do *apartheid* e de todo gênero de agressão, dominação e intervenção. Da mesma forma, a cooperação cultural deve estimular um clima internacional favorável ao desarmamento, de maneira que os recursos humanos e as enormes somas destinadas ao armamento possam se consagrar a fins produtivos, tais como programas de desenvolvimento cultural, científico e técnico.

É necessário diversificar e fomentar a cooperação cultural internacional em um contexto interdisciplinar e com atenção especial à formação de pessoal qualificado em matéria de serviços culturais. Há que se estimular, em particular, a cooperação entre os países em vias de desenvolvimento, de sorte que o conhecimento de outras culturas e de experiências de desenvolvimento enriqueça-lhes a vida. A conferência reafirma que o valor educativo e cultural é essencial nos esforços para instaurar uma nova ordem econômica internacional.

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 05 abr. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000.** Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 abr. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 abr. 2015.

_____. **Lei N°. 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 05 abr. 2015.

_____. **Lei N°. 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: 05 abr. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 abr. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 05 abr. 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, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 05 abr. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 05 abr. 2015.

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 05 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

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 05 abr. 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 05 abr. 2015, s.p.

[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 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 abr. 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 05 abr. 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 05 abr. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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 05 abr. 2015.

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

[9] BRASIL. **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 05 abr. 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 Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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 Nº 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 05 abr. 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 05 abr. 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 Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 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 Nº 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 05 abr. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 05 abr. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a

Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 05 abr. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 05 abr. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

O CÁRCERE E AS GRANDES DIFICULDADES NA RESSOCIALIZAÇÃO DO DETENTO

DEIVID RODRIGUES DOS SANTOS: Bacharelado em Direito, pela Faculdade AGES.

Resumo: É notável em todo nosso país os altos índices de reincidência dos criminosos que retornam ao convívio social, de acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) existe uma taxa de reincidência de cerca de 70% nos presídios brasileiros, causando assim uma situação de incerteza quanto a segurança pública e o papel da reabilitação dos detentos em nosso país.

Palavras Chaves: Lei de Execuções Penais, Princípios, Ressocialização.

1 INTRODUÇÃO

Hoje em dia tem se falado muito sobre a precariedade do sistema prisional brasileiro, volta e meia a grande mídia mostra imagens de presídios superlotados, buscando demonstrar que o país necessita urgentemente de medidas serias e eficazes para melhorar a situação dos presídios e dos indivíduos que ali estão.

Pois a finalidade da prisão é buscar ressocializar o indivíduo durante o período que permanecer preso, e quando ganhar sua liberdade ter condições de conviver em sociedade sem praticar condutas ilícitas.

Mas para que aconteça essa ressocialização, é necessário um ambiente adequado para esse tipo de finalidade e não um lugar como

esses que torna o detendo um ser mais cruel e sem valores para convivência social.

Pode se dizer que as penitenciárias hoje são as verdadeiras escolas ou faculdades do crime, seguindo um perfil totalmente inverso do que trata nossa Constituição de 88 quando diz que o detento não sofrera torturas e não vivera em condições subumanas e a Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que os detentos fiquem encarcerados em celas com pelo menos seis metros quadrados para cada um.

E quando nos deparamos com essas leis tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, tão bem redigidas mais que na realidade em nosso país não saem do papel, dessa forma não tem como ressocializar o indivíduo que vive em uma situação de total descaso, principalmente por parte de nossos governantes que são os principais responsáveis não podendo deixar de falar da sociedade, ainda com preconceito entranhado em suas raízes, principalmente quando se trata da área de trabalho.

No entanto existem penitenciárias em nosso país que possuem programas de reabilitação, que realmente reabilitam grande parte de seus detentos, tratando o detento como ser humano e não como um animal selvagem, cumprindo realmente a verdadeira função da prisão, que no entendimento de Michel Foucault (1987) deve tratar o indivíduo como um todo, explorando suas qualidades e especialidades, principalmente sua aptidão para o trabalho e sua atitude moral e seu comportamento no dia a dia no cárcere.

Com a finalidade de tornar o detento um ser que possa conviver em sociedade e não mais cometa atos ilícitos, como acontece nos presídios geridos pela Associação de proteção e Assistência ao Condenado – Apac tratando os presos de forma diferenciada dos demais presídios espalhados em nosso país que não acolhem o detento como um ser humano.

2 HISTÓRIA DA PRISÃO

Inicialmente torna-se necessário fazer uma retrospectiva sobre a invenção da prisão e sua finalidade na era primitiva. A primeira forma de pena conhecida pela humanidade foi a que Deus fez com Adão e Eva, quando comeram do fruto proibido, sendo assim punidos com a pena de degredo, sendo obrigados a deixar o paraíso, como nos ensina o autor Gilberto Ferreira (2004), servindo de base desse entendimento a teoria criacionista, seja Deus criou o homem e a mulher.

Os primeiros tipos de crimes que apareceram foram a desobediência, o endividamento, o desrespeito contra faraós e reis, e também o fato de ser forasteiro ou prisioneiros de guerra, no entanto esse aprisionamento não estava especificamente relacionado à sanção penal, levando em consideração que não existia uma legislação positivada para regulamentação social.

Normalmente o que acontecia com o indivíduo que estava recluso, era torturado ou executado. Nota-se assim que a principal finalidade das prisões nessa época era de acabar com forças contrárias e não de reeducar e ressocializar o detento para o convívio social.

Como descreve Gilberto Ferreira (2004), alguns autores dizem que a história da pena atravessou seis períodos que são, período da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, da humanização, período científico e da nova defesa social. Levando em consideração que essa classificação foi construída para fins didáticos, não possuindo uma relação cronológica entre si.

2.1 PERÍODO DA VINGANÇA PRIVADA

Pode-se dizer que é a fase mais primitiva relacionada a história da pena, essa forma de punição tinha exclusivamente a finalidade de vingança, onde não só infrator poderia ser penalizado, podendo estender essa punição a seus familiares ou a tribo que pertencesse. Nasce nesse período a Lei do Talião, que limita a reação à ofensa a um mal idêntico praticado, que tinha como princípio a seguinte frase, sangue por sangue, dente por dente, olho por olho, sendo um grande avanço para o direito penal. Como descreve Gilberto Ferreira (2004), a partir desse momento a pena passou a ser restrita ao infrator proporcional literalmente ao ato que cometesse.

2.2 PERÍODO DA VINGANÇA DIVINA

Quando a pena era imposta pelos sacerdotes, fundamentada na religião, onde determinada conduta ilícita que era vista como pecado, com consequência disso o delinquente teria um castigo “divino”, buscando assim purificar e salvar sua alma. Só que as penas não eram nada brandas, tinha requintes de muita crueldade em nome de Deus. Um exemplo dessa crueldade, quando cortavam os dedos do ladrão e se o mesmo tornasse a roubar novamente seriam cortados suas mãos ou pés,

dentre tantas outras atrocidades, que nada tinham ver com vontade de Deus.

2.3 PERÍODO DA VINGANÇA PÚBLICA

Momento marcado pelas penas desumanas como a morte na fogueira, esquartejamento, sepultamento da pessoa viva, mostrando a todos com esse ato em público que o Estado detinha o poder de decidir como seria penalizado o indivíduo da forma mais cruel possível podendo levar vários dias de sofrimento ao criminoso, intimidando toda sociedade. Fortalecendo cada vez mais o poder do Estado, e como consequência disso o caráter religioso foi sumindo e as penas passaram a ser controladas pelo Estado.

2.4 PERÍODO HUMANITÁRIO

Nasce nesse período uma conscientização de algumas pessoas quanto às atrocidades que vinham ocorrendo, era preciso acabar com os convencionalismos e tradições que vigoravam naquele tempo de tanta crueldade. Houve um imperativo para a proteção da liberdade individual em face do arbítrio judiciário e para o banimento das torturas, com fundamento em sentimentos de compaixão, piedade e respeito à pessoa humana. Nesse período surge um homem disposto a lutar contra esse sistema punitivo tão cruel, usando como sua arma o conhecimento, escrevendo uma pequena obra, mas de grande valor social tanto para aquela época, quando para os dias atuais.

Mudando assim o rumo da história das penas na Europa, e em todo o mundo, o nome da obra é *Dei Delitti e Delle Pene*, do autor Cesare Bonesane, marquês de Baccaria. Seu principais fundamentos eram, a

proporcionalidade da pena, onde o juiz não poderia impor pena que não estivesse prevista em lei, para não cometer abusos nas palavras de Gilberto Ferreira (2004).

Cesare também tinha a visão que deveriam ser separados na prisão criminosos convictos e suspeitos, nota-se que o que acontecia no passado vem se repetindo nos dias de hoje, onde não há essa distinção, pois simples criminoso estão presos com outros de alta periculosidade.

2.5 PERÍODO CIENTÍFICO

Podendo também ser chamando de período criminológico. Esta fase tornou-se conhecida pelo notável entusiasmo científico, onde os estudiosos começam a se preocupar com o criminoso e a razão pela qual ele cometia o crime.

Teve seu início em meados do século XIX, por volta do ano de 1.850 e prolongando-se até os dias de hoje, pois o crime e o criminoso vêm se moldando a cada época e lugar, dessa forma os estudos sobre este tema nunca tem fim.

Isso mostra a grande importância que esse período tem para o cenário do direito penal, tratando o homem não como um objeto para justiça, mas como um ser que deve ser estudado, para que se tenha uma resposta do porque ele pratica determinado tipo de delito e de que forma pode-se mudar esse instinto criminoso.

Como nos descreve Gilberto Ferreira (2004), nesse período a questão da individualização da pena, da periculosidade e da medida de segurança começam a ser discutidas com maior ênfase. Nascendo a ideia que o detendo tem que ser reabilitado durante o período que estiver

preso, para voltar ao convívio social, mas isso só vem a ganhar maiores proporções no Período Atual ou também chamado de Nova Defesa Social.

2.6 PERÍODO ATUAL OU NOVA DEFESA SOCIAL

Esse período iniciou-se por volta de 1945, com o professor Filippo Gramática, fundador do Centro de Estudos da Defesa Social, que tinha como finalidade o estudo dos diversos tipos de delinquentes, suas causas e responsabilidade penal.

Desde aquela época é notável que só a prisão em si não regeira, como descreve Gilberto Ferreira (2004), a prisão não regenera, nem ressocializa, ao contrario ela corrompe, destrói, aniquila a saúde a personalidade, estimula a reincidência, tornando-se a verdadeira escola do crime assim por se dizer, paga e manipulada pelos cofres públicos.

Notasse que a finalidade desse período é de buscar uma maneira de ressocializar o detento de modo a levar em consideração a proteção aos Direitos Humanos com fundamento na dignidade da pessoa humana e na sociedade como um todo.

2.7 A PENA HOJE

A sociedade, sempre desenvolveu mecanismos que deveriam servir a adequação e punição das pessoas que descumpriam o que se tinha decidido por lei, norma ou costume a ser seguido e respeitado. Cesare Beccaria (2006) descreve que a pena não deve vista como violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, que ela deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor possível nas

circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixadas pelas leis para que não haja injustiça com a pessoa do condenado.

Nos dias de hoje com a falta de investimentos no setor penitenciário, os novos presídios já nascem condenados a superlotação. Desde 2003 o número de presos cresceu sete por cento (7%) ao ano, enquanto que o número de vagas nos presídios quase não mudou, a média é de 500 vagas nos novos presídios. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontou que a população carcerária do país passou de 471,2 mil para 515,4 mil entre 2011 e 2012, um aumento de 9,39%. No mesmo período, revelou o levantamento, as vagas nos presídios brasileiros cresceram apenas 2,82% saindo de 295,4 mil para 303,7 mil, com base em informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ([IBGE](#)).

Um fator que poderia ajudar muito na reabilitação seria acompanhamento psicológico do detento, mas com essa superlotação e falta de investimentos nesse setor torna-se muito difícil que isso aconteça, pois esse acompanhamento teria que ser contínuo e isso não acontece.

Perante a precariedade que está passando o sistema penitenciário brasileiro, verifica-se que se torna cada vez mais difícil realizar a reintegração social do detento, sobretudo, porque na maioria dos presídios, não lhes é oferecido trabalho ou estudo ao preso, o que o torna escravo da privação de liberdade e o único retorno que eles têm é a vontade de cometer mais crimes voltando novamente a prisão, e isso se tornando um ciclo em suas vidas.

As pessoas que são encaminhadas para o presídio irão cumprir a pena a qual foi condenada em obediência a legislação brasileira, a qual tem a finalidade de reeducar ou ressocializar estas que cometeram os crimes, porém, é perceptível a sua não eficácia. Beccaria (2006) já reconhecia, por volta de 1764, que a forma mais segura, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação.

O trabalho e a educação são as melhores formas para proporcionar a recuperação do detento, podendo ser considerados como “passaporte” para um novo convívio em sociedade. Mas em nossa realidade atual os penalizados acabam saindo muito mais violentos, tendo em vista, a precariedade estrutural, a falta de ocupação com trabalhos, leituras, esporte, cursos profissionalizantes, bem como capacitação dos agentes carcerária voltada a essa finalidade. O escritor Michel Foucault (1987) preleciona que a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes, pois esse tipo de convívio que passam, é propício a criar pessoas mais perigosas devido ao grande nível de humilhação e descaso.

Com pouco recurso financeiro destinado as construções de novos presídios as celas são construídas muito pequenas e a superlotação contribui ainda mais para um tratamento desumano, o que compromete o tratamento social para os internos, com o controle de políticas públicas nascendo após a Constituição Federal de 88 e também a Lei de Execuções Penais (LEP), voltado aos valores e à efetividade dos direitos fundamentais, dentre este podemos ressaltar o princípio dignidade

humana, consegue-se fiscalizar e denunciar o Estado em sua “omissão”, no entanto tudo isso não passa a ser concretizado na realidade dos fatos.

Levando em consideração a ausência do tratamento que o detento deveria ter de acordo com a legislação vigente, há também o convívio com a deterioração material dos presídios e o tamanho desproporcional das celas onde se amontoam vidas humanas.

A Lei de Execução Penal (LEP) estabelece as medidas necessárias para construção de cada cela para as prisões e outras séries de requisitos, que legitimamente devem ser obedecidas para a construção das penitenciárias e isso não vêm ocorrendo em nosso país, em contra partida constroem grandiosos estádios com custos milionários, que na maioria dos casos só terão utilidade durante a copa.

2.8 PRINCÍPIOS

Uma norma a qual vai indicar um fim a ser alcançada, uma linha reguladora de um caminho de atuação para o Estado, determinando os deveres para criar os meios necessários a uma vida humana digna. A aplicação destes se dá, predominantemente, mediante ponderação. Então a finalidade dessa existência mínima foi uma forma de tentar dar efetividade, não podendo o Estado apresentar qualquer desculpa para não cumpri-los, a exemplo da reserva do possível.

Com isso, fica explícito que acima de qualquer interpretação deverá ser respeitado os fundamentos dos princípios, adequando as regras para melhor aplicabilidade do ordenamento jurídico.

Assim, diferencia os princípios das demais regras jurídicas em diversos aspectos, devendo obedecer às regras com cautelas para não

contrapor estes, só assim será aplicado com eficiência o bom ordenamento jurídico.

Assim, os princípios têm suas características, desarmonizando-se por sua natureza dos demais preceitos jurídicos, estando os princípios como primazias constituintes do ordenamento jurídico, informando as demais normas, como se fornecesse a inspiração para o seu conteúdo.

2.8.1 Princípio da Dignidade Humana

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana chega ao mais alto ponto dentro do ordenamento jurídico, contudo todos os dias deflagram noticiários de desobediências a esta norma por parte do Estado demonstrando a sociedade uma sensação de ineficácia, principalmente no tratamento dos detentos na maioria dos presídios brasileiro, onde esta a dignidade da pessoa humana, em lugar desse, que o detendo não tem as mínimas condições de higiene, saúde, alimentação ficando amontoados entre si.

Contudo, deve-se ser observada de forma cuidadosa a falta de cumprimento destas normas, pois o seu desrespeito não a torna ineficaz, se sim denuncia o ato omissivo, passivo e representação.

A norma não respeitada não constitui uma ineficácia e sim um descumprimento do agente o que pode ser coibido e reparado pelos mecanismos legais, ou seja, controle da eficácia das normas constitucionais.

No atual sistema penitenciário brasileiro é público e notório, que os detentos estão sendo condenados não só ao crime que cometeram mas a passar fome, frio, a viver amontoados, virando objetos sexuais,

contraindo Aids e tuberculose. Isto significa incontestavelmente a existência da pena com requintes de crueldade que já fora extinta pelo menos no papel. Nota-se que isso é uma grave afronta à Constituição e à legislação internacional de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte.

Como ressalta Cezar Roberto Bitencourt (2003), o regime progressivo é uma ilusão diante das poucas esperanças sobre os resultados que se obtêm de um regime que começa com um controle com grande rigorosidade sobre a atividade do recluso.

A inércia do Estado nos presídios especialmente em cumprimento a reeducação e ressocialização do interno entra em colisão diretamente com a LEP, contribuindo diretamente com crescimento da criminalidade, o aumento das despesas com a segurança pública, no sentido de investimento em melhoria nos armamentos, capacitação de policias, preparando-os como se estivessem em estado de guerra, e obrigando os cidadãos a ficarem confinados em suas casas como se estivessem presos.

É normal depara-se com o desrespeito a norma constitucional jurídica, (Princípio da dignidade humana), e como consequência sua omissão deveria mais fiscalizada para tentar de certa forma impor seu cumprimento, incontinente e coercitivo aplicando direta e imediatamente as situações nelas contempladas.

2.8.2 Princípio da Igualdade

Assevera o art. 5º Caput da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade.

Observando-se o disposto acima se depara com uma ofensa a este princípio no que concerne que alguns presos encontram-se em celas individuais ao passo que a grande maioria encontra-se amontoados, ou seja, escolher sobre qualquer pretexto o preso pra ficar em cela individual ofende o princípio da igualdade.

3 MÉTODO APAC

A grande deficiência na estrutura física e administrativa encontrada nos presídios nacionais traz resultados que colaboram para a grande crise que o sistema prisional brasileiro vem passando nos últimos anos. Dessa forma, as questões que abrangem a ação de reintegração dos presos para o convívio na sociedade colocam-se como tema de crescente interesse da população e acadêmicos do curso de direito em especial.

Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC), entidade civil de direito Privado, sem fins lucrativos, possui personalidade jurídica própria, destinada à recuperação e reintegração do detendo condenado à pena privativa de liberdade ao meio social. Gilberto Ferreira (2004) preleciona que a APAC, tem chamando a atenção das autoridades de diversos países, devido ao grande crescimento nos índices de reabilitação ressocialização que este método tem proporcionado aos detentos que participam.

Esse método surge como uma forma alternativa ao modelo prisional habitual, buscando tornar a pena mais humanizada e a

valorização do ser humano com base no preceito constitucional dignidade da pessoa humana, atrelada à evangelização diária, para oferecer ao condenado condições de se recuperar espiritualmente. Um dos principais fundadores desse método é o advogado Mário Ottoboni, que em 1972 começou a desenvolver esse trabalho na única cadeia existente em São José dos Campos-SP.

O objetivo dele é amenizar os tormentos que a prisão atualmente vem causando aos encarcerados, que viviam amontoados no estabelecimento. E a partir desse cenário, o condenado tem um melhor preparo para ser devolvido em condições de conviver harmoniosamente e pacificamente em sociedade.

Inversamente ao carcerário comum, os próprios presos em parte são responsáveis pela sua recuperação, eles têm acesso a assistência espiritual, social, médica, psicológica e jurídica na maioria dos casos dada por voluntários da comunidade. Também têm acesso a cursos profissionalizantes, técnicos e alguns casos até mesmo ao nível superior, e outras atividades que contribuem para serem reinseridos na sociedade.

Como descreve Geder Luiz Rocha Gomes (2008) é de grande relevância uma estrutura capaz de fiscalizar o cumprimento da pena de forma que o detento venha sair com outra visão de mundo durante o período de sua pena.

CONCLUSÃO

Diante de tanto descaso e maus tratos ao condenado, e trazendo como consequência o grande aumento da reincidência nos presídios em todo país o artigo pauta busca encontrar de que forma pode-se mudar

esse panorama para que se consiga a plena eficiência das leis que tratam dessa questão, que não mais fiquem no papel, mais que venham tornar-se eficientes quando se trata de ressocializar o detento durante o período de sua pena.

Pois a função da pena não é deixar o indivíduo simplesmente preso ou intimidá-lo, mais sim, mostrar a ele que pode-se viver em sociedade de forma correta trabalhando e vivendo de acordo com as leis.

Dessa forma para que se consiga ressocializar o detento torna-se necessário por em prática os regulamentos existentes em nosso ordenamento jurídico, com mais ênfase na Lei de Execução Penal, tendo como fundamento as medidas de assistência aos condenados e não só prender e deixar o detendo jogado como se fosse um nada.

Este artigo de é grande relevância acadêmica e social, pois se trata de um tema bastante discutido nos dias atuais. Levando em consideração que a sociedade é a mais interessada na solução desse problema.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*, volume 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A Substituição da Prisão**: alternativas penais, legitimidade e adequação. Salvador: Jus Podivm, 2008