

e-JUS

Revista de Direito

Novembro 2012 - Nº 01

Publicação acadêmica dos cursos de bacharelado em Direito das Faculdades Ibes e Facsal.

Nesta Edição

Crise do Sistema Penitenciário;

Assédio Sexual, Caracterização e Eficácia para o Direito Penal;

Antecipação Parcial do ICMS para Remessas ao Estado da Bahia Através de Compras Feitas pela Internet ou Telemarketing;

Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor: Direito e Garantia Fundamental do Cidadão;

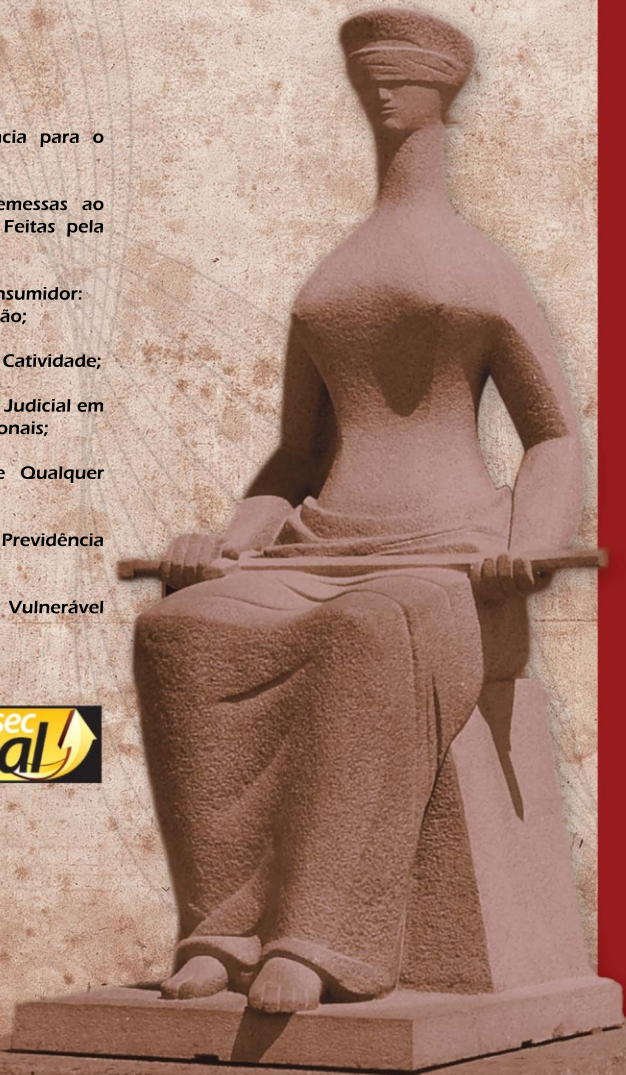
Os Contratos de Consumo e a Relação de Catividade;

Parâmetros para um Adequado Ativismo Judicial em Prol da Efetivação das Normas Constitucionais;

Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto;

Desaposentação No Regime Geral De Previdência Social;

A Presunção no Crime de Estupro de Vulnerável Menor de 14 (Catorze) Anos.



e-Jus

A Revista Jurídica e-Jus faz parte de um projeto acadêmico implementado pelo NDE dos cursos de direito das Faculdade IBES e FACSAL com o intuito de veicular reflexões acerca de temas relevantes ao Direito. Através de artigos de professores, pesquisadores e estudantes, a Revista pretende oferecer uma contribuição crítica e acadêmica à produção jurídica Baiana.

Uma publicação do NDE – Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior - IBES e da FACSAL / ISEC – Instituto Salvador de Ensino e Cultura.

Instituição Realizadora:

Diretor:

Prof. Daniel Branco

Coordenação Pedagógica:

Profa. Paloma Branco

Coordenadores:

Profa. Fernanda Cerqueira
(IBES/Noturno)

Profa. Edinéia Almeida
(FACSAL/Noturno)

Planejamento e Produção da Revista

Núcleo Docente Estruturante – NDE

Alexandre Dórea

Germana Almeida

Anderson Silveira

Edinéia Almeida

Fernanda Cerqueira

Projeto Gráfico

Agência Modelo P2

Diego Rodrigues

Acesso na Web:

www.ibes.edu.br

www.unilist.com.br/facsal

Endereço para correspondência:

Av. Jorge Amado, 780, Imbuí,
Salvador/BA - CEP: 41.720-040



Ficha Catalográfica

E-Jus Revista de Direito - IBES/FACSAAL - Ano 2, n. 1. (nov. 2012)
. - Salvador, 2012.

Semestral

1. Direito. 2. Direito penal. 3. Assédio sexual. 4. Direito do consumidor. 5. Direito constitucional. 6. Direito tributário. 7. Direito previdenciário. I. IBES/FACSAAL. II. Título.

CDU: 340

Editorial

NDE

O NDE - Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Direito do Ibes e da Facsal / Isec é composto pelos seguintes membros que assinam este Editorial:

Alexandre Dórea

Germana Almeida

Anderson Silveira

Edinéia Almeida

Fernanda Cerqueira

É tempo de marcar algumas conquistas. A trajetória ainda é relativamente curta, mas já colhemos alguns frutos importantes. Ora, estamos tratando do amadurecimento acadêmico do curso de Direito nas instituições parceiras IBES e FACSAL. Não podemos deixar de admitir que ainda há muito o que fazer: que bom! Entretanto, os avanços são visíveis e os resultados são consistentes com o projeto de consolidação de uma base de qualidade para os cursos de Direito, especialmente neste momento em que estamos de casa nova: o novo campus potencializa as motivações para a conquista de novos horizontes.

Acreditamos que este volume da nossa Revista Jurídica sintetiza as alegrias de toda equipe institucional envolvida neste projeto. A presente edição reuni de modo especial os esforços de diretores, coordenadores, professores, alunos e demais membros do corpo técnico/administrativo em direção à valorização da produção intelectual, do debate acadêmico e da

divulgação científica. Trata-se da reedição de um sonho sempre atualizado dia-a-dia. A Revista Jurídica e-Jus surgiu com o propósito de fomentar o debate das idéias, bem como viabilizar os elementos mínimos para a disseminação dos conhecimentos produzidos em meio acadêmico. A presente edição direciona essa perspectiva para outro patamar, uma vez que estimamos destacar prioritariamente a produção discente. A missão é ao mesmo tempo gratificante e arriscada, haja vista a exposição pública das nossas fraquezas e dos nossos potenciais. Seja como for, ou como desejarem que seja (diga-se aqui os vieses da crítica ácida e gratuita circulante), não podemos deixar de registrar a coragem da iniciativa, por si mesma digna de louvor.

Enfim, é com entusiasmo que apresentamos a comunidade acadêmica o novo exemplar da Revista Jurídica e-Jus. A grande maioria dos artigos é de estudantes do IBES e FACSAL. A variedade dos temas

Editorial

abordados converge para o foco deste número: a produção acadêmica discente. Os textos revelam, por sua vez, a visão dos autores acerca das suas respectivas temáticas. Não produzimos tendências ou pontos de corte.

Em breve lançaremos o edital para a seleção dos artigos para o novo número da

Revista. Convidamos os interessados a inscrever suas propostas de publicação. Na oportunidade, estaremos a disposição para avaliar sua contribuição.

NDE - Núcleo Docente Estruturante.

Sumário

Crise do Sistema Penitenciário.
Alex Rodrigo de Mattos Duarte

Página
07

Assédio Sexual, Caracterização e Eficácia para o Direito Penal.
Alfredo C. Mueller

Página
20

Antecipação Parcial do ICMS para Remessas ao Estado da Bahia
Através de Compras Feitas pela Internet ou Telemarketing.
Jacob Daniel Broder

Página
31

Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor: Direito e Garantia
Fundamental do Cidadão.
Edinéia M. Rodrigues de Almeida

Página
43

Os Contratos de Consumo e a Relação de Catividade.
Germana Pinheiro de Almeida

Página
52

Parâmetros para um Adequado Ativismo Judicial em Prol da
Efetivação das Normas Constitucionais.
Lucas Marques Luz da Ressurreição

Página
59

Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto.
Luiz Carlos Soares da Silva

Página
74

Desaposentação no Regime Geral de Previdência Social;
Luisa Maria Correia da Silva Tápia

Página
86

A Presunção no Crime de Estupro de Vulnerável Menor de 14 anos;
Olavo Ferreira dos Santos Filho

Página
96

Crise do Sistema Penitenciário

Alex Rodrigo de Mattos

Acadêmico do Curso de Direito na Facsal.

Introdução

O presente artigo científico pretende desenvolver uma pesquisa bibliográfica do direito penal brasileiro relacionado à crise do sistema prisional brasileiro, o elevado índice de reincidência, realizar um levantamento de dados informativos e atualizados sobre a situação do sistema carcerário, adentrando nas informações sobre a elevada lotação, a questão da ressocialização, os efeitos sociológicos e psicológicos produzidos pela prisão.

Como foco temático, pretende-se explorar diretamente do Direito Penal e de fontes doutrinarias, o trabalho que consistirá uma importante contribuição não só ao estudo da crise da pena privativa de liberdade, mas também por desnudar a dimensão que está crise se encontra.

O tema é bastante discutido, até pela perspectiva econômica, onde os investimentos que, em outros tempos, se fizeram para dotar os centros penitenciários de pessoal técnico especializado para elaborar programas ressocializadores, hoje são gastos, para construir penitenciárias maiores e mais seguras. Diante desse panorama, a doutrina encontra-se comprometida com a busca de sistemas alternativos a prisão, para que a esta seja remetida somente aquelas que, pela gravidade do delito praticado, não podem esperar na sociedade atual uma resposta penal diferente.

Nesse sentido, este artigo científico está orientado a uma pesquisa onde o problema se apresenta da seguinte forma: Como conviver com essa realidade inconstitucional dos presos, relacionado à pena não ser cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral?

A hipótese/pressuposto que orienta esta produção do artigo se baseia nos estudos doutrinários pertinentes a crise do sistema penitenciário. Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro

de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz a prisão refere-se à impossibilidade absoluta e relativa de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

No que diz respeito ao desenvolvimento do artigo científico propriamente dito, a fundamentação conceitual sobre qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, sinteticamente, resumida em duas premissas. Considera-se que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese como a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de antissociais, se se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a outros antissociais nesse sentido manifesta-se Antonio Garcia- Pablos y Molina, afirmando que “a pena não ressocializa, mas estigmatiza, aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a

sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, Mas tão somente se lá esteve ou não”.

Como objetivo geral, Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado. Assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte. Os chamados substitutivos penais constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de desprisonalizar, além de outras medidas a que igualmente nos referiremos ao longo deste trabalho.

Para os objetivos específicos, notam-se os seguintes itens:

- 1) Analisar a situação dos sujeitos envolvidos nos crimes, que levaram a ser penalizado por uma pena privativa de liberdade.
- 2) Descrever, a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoas técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano.
- 3) Contribuir com informações concretas, e, pesquisadas de fontes verdadeiras, conceituando os assuntos de suma importância, para que sirva de base para população e para o Estado tomar ciência da falta de direitos e garantias fundamentais do preso.

Enfim, a análise de tais questões podem nos levar a compreender de maneira mais específica tradicionalmente tratada. A crise que nos apresenta hoje, o sistema penitenciário tem sua origem em diversos fatores que vão além da falta de ressocialização dos criminosos, uma vez que a situação social do País apresenta-se de maneira precária, posto, que a maior parte da população sofre pela falta de recursos econômicos e de assistência por parte do Estado. Esta peculiaridade traz como consequência uma diminuição das condições materiais dos indivíduos, levando-lhes à miserabilidade e, por vias transversas, ao cometimento de crimes, embora isto não seja uma regra, e sim uma constatação a partir da realidade dos encarcerados.

Trata-se de um círculo vicioso, que se inicia na infância do indivíduo desenvolvendo-se na fase adulta. Obviamente, que a maioria da população desprovida de recursos financeiros não pende para o mundo do crime, porém, é fato que não raras vezes, os criminosos são oriundos de camadas sociais mais baixas. São pessoas que foram criadas sem quaisquer recursos que lhes garantissem ao menos o alimento, sem falarmos da falta de uma educação intelectual e moral, primordial para a vida que acabam não valorizando conceitos morais, solidários e humanos que regem nossa personalidade e nos impedem de cometermos atitudes desonrosas.

I - PENA DE PRISÃO

Segundo Bitencourt (2011, p. 161), questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais e abstratos da privação de liberdade e se tem deixado de lado, em plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é o da execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever-ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece: o momento final e problemático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos com a infraestrutura e dotação orçamentaria de que dispomos, nas circunstâncias atuais e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas.

De acordo com Bitencourt (2011, p. 162), quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma de delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idônea para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse

otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade absoluta ou relativa, de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

II - A PRISÃO COMO FATOR CRIMINÓGENO

A maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno. Esses fatores podem ser classificados em materiais, psicológicos e sociais.

a) Fatores materiais:

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos. Mesmo as prisões mais modernas, onde as instalações estão em nível mais aceitável e onde não se produzem graves prejuízos à saúde dos presos, podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo

dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico.

b) Fatores psicológicos:

Um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão por sua própria natureza é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas etc.). A prisão, com sua disciplina necessária, mas nem sempre bem empregada, cria uma delinquência capaz de aprofundar no recluso suas tendências criminosas. Sob o ponto de vista social, a vida que se desenvolve em uma instituição total facilita a aparição de uma consciência coletiva que, no caso da prisão, supõe a estruturação definitiva do amadurecimento criminoso.

c) Fatores sociais:

A segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.

Todos os fatores referidos comprovam a tese de que a prisão é um meio criminógeno.

Diz que diante do ritmo em que se desenvolve a vida moderna, em que as transformações se produzem com

espantosa rapidez, é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. Um homem, por exemplo, que no início do século XX fosse condenado a cinco anos de prisão talvez, diante das condições da época, pudesse ser mais facilmente incorporado ao trabalho e à vida social. Porém, na atualidade, cinco anos podem significar uma segregação muito prolongada, que provavelmente impedirá a ressocialização do delinquente. Para medir os efeitos negativos da prisão, além do critério quantitativo, devemos levar em consideração o número de anos e a velocidade com que se produzem as mudanças na sociedade. Se fizer essa relação, é possível chegar à conclusão de que, na sociedade moderna, a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos de ressocializadores quanto os que existam quando se impunha uma pena de vinte anos na primeira metade do século XX. (José Maria Rico, sanções penais, p. 78-9).

Pinatel (1979, p.158) diz que será possível evitar a produção de danos físicos, e de certos danos psíquicos, com prisões que contem com uma adequada planta física, com melhores condições de higiene e com tratamento mais condizente com a dignidade do recluso. No entanto, sempre se produzirão algumas lesões invisíveis, visto que quando se interrompe o ciclo normal de desenvolvimento de uma pessoa se provoca dano irreparável. O isolamento da pessoa, excluindo-se da vida social normal, mesmo que seja

internado em uma “jaula de ouro”, é um dos efeitos mais graves da pena privativa de liberdade, sendo em muitos casos irreversível. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.

III - ELEVADOS ÍNDICES DE REINCIDÊNCIA

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador. As estatísticas de diferentes países são pouco animadoras, tal como refletem as seguintes: nos Estados Unidos as cifras de reincidência oscilam entre 40 e 80%. Glaser cita um índice de reincidência da década de 60 que vai de 60 a 70%, nos Estados Unidos. Na Espanha, o percentual médio de reincidência, entre 1957 e 1973, foi de 60,3%. Na Costa Rica, mais recentemente, foi encontrado o percentual de 48% de reincidência. Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando os apresentam), sendo esse um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminuiu em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado.

Os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são desanimadores. Em todo o caso, é interessante fazer algumas considerações críticas sobre o alcance e o sentido das cifras de reincidência:

a) George Vold vê o problema de reincidência sob outra ótica. Considera que seria mais interessante prestar a devida atenção e importância ao pequeno percentual de delinquentes que conseguem reabilitar-se na prisão, com o que seria possível afirmar que a prisão é um verdadeiro êxito. A importância do argumento de Vold não é o fato de trazer ou não solução ao fracasso da prisão, mas o de chamar a atenção ao seguinte ponto: será que o pequeno percentual de êxito que se obtém ao aplicar a pena privativa de liberdade é o único possível, dadas as características do fenômeno delitivo e da prisão? Essa interrogação permite-se nos meditar mais detidamente sobre o significado tão fantástico, à primeira vista, que as cifras de reincidência apresentam.

b) Inegavelmente, a prisão exerce alguma influência no fracasso do tratamento do recluso. Mas as causas responsáveis pelos elevados índices de reincidência não são estudadas cientificamente. Não há dados objetivos sobre a efetividade dos diferentes programas. O progresso obtido em outros campos do conhecimento humano ocorre exatamente por meio do estudo criterioso dos fracassos e das suas causas, algo que não ocorre no campo penitenciário. Não têm sido realizados estudos que permitam deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a reincidência.

Refiro-me ao fato de estabelecer se a reincidência pode não ser considerada como um ou mais importante indicador da falência da prisão, ou se esta pode ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à liberação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho ou então por não ser aceito pelos demais membros – não delinquentes – da comunidade. Por outro lado, também não se pode afirmar que tenha sido demonstrado que a pena de prisão seja especialmente ineficaz, em termos de reincidência, em relação a outros métodos de tratamento, especialmente aos não institucionais. (León Radzinowicz, em busca de la criminologia, p.144).

As elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura socioeconômica.

IV - EFEITOS SOCIOLÓGICOS OCASIONADOS PELA PRISÃO

IV. I - Influência prejudicial sobre o recluso
A prisão, segundo Goffman (1973, p.27), em sua natureza fundamental é uma instituição total. Para o sociólogo americano, toda instituição absorve parte do tempo e do interesse de seus membros, proporcionando-lhes, de certa forma, um mundo particular, tendo sempre uma tendência absorvente. Quando essa tendência se exacerba encontramos-nos diante das chamadas instituições totais, como é o caso da prisão. A tendência absorvente ou totalizadora está simbolizada pelos obstáculos que se opõem à

interação social com o exterior e ao êxodo de seus membros, que, geralmente, adquirem forma material: portas fechadas, muros aramados, alambrados, rios, bosques, pântanos etc.. Um dos aspectos que suscitam sérias dúvidas sobre as possibilidades ressocializadoras da prisão é o fato de esta, como instituição total, absorver toda a vida do recluso, servindo, por outro lado, para demonstrar sua crise. (Erving Goffman, Internados, p. 17-8).

Goffman (1973, p. 19), situa a prisão dentro do terceiro tipo de instituições totais, que são aquelas organizadas para proteger a comunidade contra aqueles que constituem intencionalmente um perigo para ela e não apresentam, como finalidade imediata, o bem-estar dos internos. O fato de as prisões terem como objetivo principal a proteção da sociedade é outro dos aspectos que sugerem profundas contradições em relação ao objetivo ressocializador do que se atribui à pena privativa de liberdade.

As principais características da instituição total são as seguintes: Todos os aspectos da vida desenvolvem-se no mesmo local e sob o comando de uma única autoridade; todas as atividades diárias são realizadas na companhia imediata de outras pessoas, a quem se dispensa o mesmo tratamento e de quem se exige que façam juntas as mesmas coisas; todas as atividades diárias encontram-se estritamente programadas, de maneira que a realização de uma conduz diretamente à realização de outra, impondo uma sequência rotineira de atividades baseadas em normas formais

explícitas e em um corpo de funcionários; por último, as diversas atividades obrigatórias encontram-se integradas em um só plano racional, cujos propósitos são conseguir os objetivos próprios da instituição.

A instituição total, envolvente por natureza, transforma o interno em um ser passivo. Todas as suas necessidades, de vestuário, lazer etc.. Dependem da instituição. O interno pode adaptar-se facilmente a modos de ser passivos, encontrando equilíbrio ou gratificação psicológica em seu exercício. Na instituição total, geralmente, não se permite que o interno seja responsável por alguma iniciativa, e o que interessa efetivamente é sua adesão às regras do sistema penitenciário. A passividade do interno, convertida em “pautas” normais de comportamento, é o resultado natural que a instituição total produz. É mais uma razão a demonstrar a impossibilidade da ressocialização do delinquente pelo internamento.

Segundo Henting (2011, p.256), A instituição total produz no interno, desde que nela ingressa, uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego. A mortificação do ego é sistemática, embora nem sempre seja intencional. A barreira que as instituições totais levantam entre o interno e a sociedade exterior representam a primeira mutilação. Desde o momento em que a pessoa é separada da sociedade, também é despojada da função que nela cumpria. Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos de admissão, onde é

manuseado, classificado e moldado. Isso implica uma coisificação da pessoa, pois é classificada como objeto para ser introduzida na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformada paulatinamente, mediante operações de rotina. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e à depreciação do ego.

Outro efeito negativo que uma instituição total produz e que torna difícil, para não dizer impossível, a ressocialização do recluso é a submissão do interno a um processo de desculturação, ou seja, a perda da capacidade para adquirir hábitos que correntemente se exigem na sociedade em geral.

Todos os aspectos negativos aqui relacionados a respeito de uma instituição total como a prisão demonstram que esta é instrumento inadequado para a obtenção de algum efeito positivo sobre o recluso e reforçam a tese de que a prisão, como resposta penológica, encontra-se efetivamente em crise.

V - EFEITOS PSICOLÓGICOS PRODUZIDOS PELA PRISÃO

V. I - Problemas psicológicos que a prisão produz

A preocupação com os efeitos psicológicos que a prisão produz começou no início do século XIX. As primeiras observações, como sempre, são de ordem literária. Também a sabedoria popular chega a estabelecer uma relação de causa- efeito entre prisão e psicose. É possível, inclusive, afirmar que o conceito de loucura carcerária forma-se primeiro na população

e depois no médico. O interesse específico pela relação entre reclusão e dano psicológico inicia-se, de maneira definida, a partir da implantação do regime celular. Médicos e escritores fazem as primeiras observações importantes. Por exemplo, os primeiros médicos norte-americanos de Cherry Hill advertiram, já em 1837, que a prisão celular se observavam numerosas psicoses. Também na França realizaram-se investigações para determinar qual dos dois sistemas – filadélfico ou auburniano – ocasionava maiores prejuízos à saúde mental dos reclusos. Chegou a predominar o entendimento de que o mais prejudicial era o celular. Também foram muito importantes as observações críticas que Dickens e Dostoiévski fizeram sobre os efeitos psicológicos do regime celular. (Hans Von Heiting, citação de uma obra de Dickens intitulada *American notes*, edição de Londres, de 1903).

O estudo do que comumente se tem chamado de psicose carcerária levou a uma série de mudanças nos conceitos que se utilizavam para abordar o tema. Em 1870 Reich fez a distinção entre o que poderia ser considerada psicose da prisão e o que não a caracterizava. Chegou a determinar a existência de certos transtornos psicológicos que não eram realmente ocasionados pela experiência em prisão e, por isso, chamou-os de pseudo psicose de prisão. Baseado em suas observações, Reich chega a estabelecer certas características da psicose de prisão, entre as quais destaca o fato de que são de curso muito agudo e têm, geralmente, prognóstico favorável.

Os estudos de Ganser também significaram importante avanço na compreensão da psicose carcerária, já que incluíram grande parte das psicoses de prisão no círculo da histeria. Ganser classificou a psicose carcerária como um estado crepuscular histórico de índole peculiar (falta de consciência, insensibilidade corporal, aparente simulação etc.). Sua tese, contudo, foi repelida pelo fato de que não podia determinar com precisão a especificidade da psicose carcerária.

Em fins do século XIX chega a uma solução a polemica surgida sobre a existência de uma psicose essencialmente carcerária: a solução foi o resultado das investigações feitas por Rudin. Seus trabalhos têm o mérito de serem os primeiros a investigar a prisão carcerária à luz dos conceitos krepelianos. Rudin observou que as psicoses que se produzem na prisão, como a demência precoce, a epilepsia, a oligofrenia, a psicose maníaco-depressiva, não podiam ser consideradas psicoses carcerárias em sentido estrito; ao contrário, a experiência de viver em prisão dava um matiz colorido ao quadro clínico, e, quando o colorido fosse muito intenso, nesse caso, e somente nesse caso, poder-se-ia falar em psicose carcerária. Essas observações de Rudin, expressadas em 1899, continuam tendo, em princípio, plena vigência. Suas investigações marcam o início da tese, predominante na atualidade, de que não existe um quadro típico de “psicose carcerária”, mas apenas quadros clínicos, com coloridos especiais criados pela prisão. Velasco Escasi vai mais longe e afirma que não pôde apreciar o

colorido especial no quadro clínico a que se referiu Rudin. Segundo ele, na prisão se produzem esquizofrenias e depressões que apresentam o mesmo quadro clínico que aquele que se observa quando esses transtornos se produzem fora dela. Para Velasco, não existe uma psicose profissional específica: nas prisões se encontram as mesmas enfermidades psíquicas que se produzem fora dela, predominando a epilepsia, as oligofrenias, a esquizofrenia e as depressões. (José Velasco Escasi, *La historia de las psicosis de la prisión*, REEP, 1952, P.12.).

A corrente que defende o entendimento de que não é possível estabelecer as características daquilo que se poderia chamar psicose carcerária tem definido esta como atitude psicogenética motivada pelos conflitos afetivos, de forte carga emotiva, que se origina quando se produz a privação de liberdade e que tem a finalidade inconsciente de refugiar-se na enfermidade. Não se pode fazer distinção substancial entre a histeria traumática, a neurose de guerra, a neurose de desemprego e a psicose da prisão. A inexistência de diferenças entre cada um desses transtornos, apesar da aparente diversidade nas causas desencadeadas (acidentes, terror de batalha, privação de liberdade etc.), resume-se um objetivo ou finalidade comum inconsciente: o propósito de elidir (ou evitar) uma situação deprimente e angustiante.

Não se pode falar em psicologia da prisão geralmente válida, mas é indiscutível, contudo, que não se devem ignorar alguns dos efeitos que se produzem com o

encarceramento. O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental. Tal ambiente exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de adaptação que o sujeito tenha.

As se constatar que realmente não se pode falar em um tipo específico de psicose cuja origem se deva à experiência carcerária, chegou-se à conclusão de que o termo psicose carcerária é notoriamente impróprio, visto que se trata somente de reações de personalidade a vivências, e, no caso da prisão, o encarceramento seria a vivência motivadora. Tratar-se-ia, portanto, de uma reação vivencial e, às vezes, de um desenvolvimento vivencial. Por isso, foi afastada a palavra psicose, que só é encontrada nos textos antigos, como os de Kraepelin e Beuler. Na atualidade se fala em reações carcerárias, às quais se haviam referido, indiretamente, os psiquiatras franceses do século XIX, especialmente Ganser, já mencionado anteriormente.

Segundo Seelig (1958,p.464),há vários tipos de reações carcerárias, sendo muito delas passageiras, como é o caso da reação explosiva da prisão, na qual se observa um estado de irritação que pode chegar a acessos de delírio. Também podem

apresentar-se reações psicopáticas à prisão, que se expressam em estados de angústia com alucinações e atitudes paranoicas. Entre os presos preventivos é comum produzir-se um quadro clínico denominado “furor dos encarcerados”, a que Seelig chama reação explosiva à prisão, que ocorre imediatamente após o ingresso no cárcere. Trata-se de um quadro de agitação, uma verdadeira “tempestade de movimentos” que pode prolongar-se durante horas, podendo ocorrer com frequência as auto e heteroagressões. Esse quadro também pode apresentar-se eventualmente entre os reclusos já condenados, nos casos, por exemplo, de transferências repentinas, quando estão na iminência de sofrer uma sanção disciplinar, têm de abandonar o “amigo” etc. Essas reações, muitas vezes extremamente violentas, devem ser interpretadas como forma de comunicação, em um meio como a prisão, onde a impossibilidade de comunicar-se é a regra. Assim, como essa “forma eloquente”, o “amigo” toma conhecimento da sua dor; o diretor, do seu protesto; a comunidade, da sua irrisignação etc.

Os que sofrem a pena privativa de liberdade por um longo período apresentam uma série de quadros que evidenciam claro matiz “paranoide”. Entre esses transtornos, pode-se citar o complexo de prisão, a patologia psicossomática e as depressões relativas. Estas são especialmente importantes, já que, por vários motivos, os reclusos podem desenvolver um quadro depressivo clássico de indiferença, inibição, desinteresse, perda de

memória ou incapacidade para usá-la, perda de apetite, bem como ideia autodestrutiva que pode chegar ao suicídio. A manifestação do desejo de suicidar-se é um fenômeno especial que nunca deve ser submetido. Quando um indivíduo de isola, deixa de ler, perde o apetite, desinteressa-se de tudo, e ainda tem algum problema imediato, deve ser vigiado com extremo cuidado. O suicídio é relativamente frequente entre os condenados a longas penas. Essa é mais uma das tantas contradições existentes entre o propósito reabilitador que se atribui à pena privativa de liberdade e a imposição de penas muito longas.

Não se pode dizer que todos os transtornos psíquicos que sofre o recluso devem ser atribuídos aos efeitos negativos do ambiente carcerário. Será necessário levar em consideração certa predisposição daqueles que frequentemente incorrem na prática de atos delitivos, fator que propiciará, com maior facilidade, as reações anormais ao encarceramento. (Israel Drapkin, *El recluso penal*, ADPCP, 1977, P. 95-100).

Para Goffman (1973 P. 34), certos aspectos das reações carcerárias representam um mecanismo que o interno utiliza para adaptar-se ao meio carcerário.

Para Goffman (1973 P. 34), certos aspectos das reações carcerárias representam um mecanismo que o interno utiliza para adaptar-se ao meio carcerário. Trata-se de uma resposta do interno às condições de vida que o ambiente penitenciário impõe. Sob esse ponto de vista podem-se considerar muitas das reações carcerárias

como resultado “natural” do ambiente penitenciário, e, conseqüentemente, é pouco provável que possam ser eliminadas enquanto a prisão substituir.

Todos os transtornos psicológicos, também chamados reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinquente em um meio tão traumático como o cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional.

VI- CONCLUSÃO

Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminoso. Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações. Os exemplos que demonstram os efeitos criminosos da prisão são lembrados frequentemente. Como ocorre com jovens com idade inferior a 16 anos que é encaminhado a instituições para jovens e sai dali convertido em bons ladrões adquirindo todas as características de um delinquente profissional.

Considera-se que o ambiente carcerário, em razão da sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador sobre o recluso. Não se pode ignorar a dificuldade de fazer sociais aos que, de forma simplista, chamamos de antissociais, se os dissocia da comunidade livre e ao mesmo tempo se os associa a outros antissociais.

Sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que a maior parte das prisões do mundo as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

Aquele que ingressa na prisão também traz

consigo a deformação que a sociedade produz na agressividade do homem. Não se ignora que as frustrações originadas pela prisão são um fator que influi nas situações violentas que surgem no cárcere; porém, também não se pode ignorar que esses internos se encontram contaminado por outros fatores anteriores, como a violência que experimentaram em sua vida familiar ou na sociedade.

O Estado é o grande responsável pela segurança pública. Com relação ao Brasil, os problemas existentes no sistema penitenciário brasileiro são adquiridos por deficiência do Estado na sua responsabilidade punitiva. O processo de ressocialização dos apenados sofre por ineficácia do Estado e principalmente na aplicação da lei de execução penal. A crise do sistema penitenciário, na qual é imprescindível destacar o problema da superlotação, tornando assim um agravante no que diz respeito à ressocialização ou até mesmo na redução da reincidência de crimes. A crise que o sistema penitenciário brasileiro vem sofrendo e que vem aumentando de forma preocupante há rebeliões, fugas, superlo-

tação, maus-tratos, desrespeito aos direitos humanos entre outros. O que é válido destacar é que não cabe apenas ao Estado aprisionar, são necessários mecanismos que proporcionem aos presidiários meios de regressar à sociedade. A inserção social corresponde ao retorno do apenado em convívio na sociedade, este retorno deve ocorrer de forma gradativa. Vários fatores estão interligados e dificultam o retorno do apenado à sociedade, o medo de voltar a delinquir, assim como o receio de ser sempre taxado como criminoso, a falta de orientação nos estabelecimentos penais, isso vai acarretando na dificuldade de inserção social. Inúmeras são as causas que confirmam que o Sistema Prisional está falido. No sistema prisional brasileiro, pode-se verificar que a reincidência é constada em números significativos. Fatores como o desrespeito com a dignidade dos presos, as infrações de Princípios Constitucionais corroboram para a crise da ressocialização dos apenados.

Referências:

- Alfonso, Serrano Gomez. V Congresso de la ONU SOBRE PREVENCIÓN DEL Delito y Tratamiento del delincuente, REP, 1976, P.328-30.
- Bitencourt, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão, causas e alternativas, 4ª edição 2011, 2ª tiragem 2012, Editora Saraiva.
- Drapkin, Israel. El recluso penal, víctima de la sociedade humana. ADPCP, 1977.
- Rico, José Maria Rico. Sanções penais, 1978.
- Escasi, José Velasco. Lá hidtoria da las psicosis de la prisión..., REEP, 1952.
- Gofman, Erving. Internados; ensayo sobre la situacón social de los enfermos mentales. Argentina, Ed. Amorrout, 1973.
- Heiting, Hanss von. La pena. Madrid, espasa-calpe, 1967.
- Molina, Antonio García-Pablos. Régimen Abierto y ejecución penal, REP, n. 240, 1988, p.40; Julio Altmann Smythe, Debe suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión, Revista Jurídica del Perú, ano 17, 1975, p.91.
- Radzinowicz, Léon. En busca de la criminologia. Venezuela, Ed. De la Universidad central de Venezuela, 1970.
- Valdés, Carlos Garcí. la nueva penalogia, p.33; Antonio Beristain, Crisis del derecho repressivo, p.143-4; José Velasco Escasi, La historia de la psicosis de la prisión durante el siglo XX, REEP, 1952, P.8.

Assédio Sexual, Caracterização e Eficácia para o Direito Penal

Alfredo C. Mueller

Economista, pós-graduado em Recursos Humanos, estudante do 10º semestre de Direito da Faculdade IBES

Introdução

Maria é uma secretária de 28 anos, solteira e mãe de dois filhos, habituada a uma dupla jornada de trabalho, cuja remuneração é indispensável ao sustento de sua família. Jovem atraente, Maia aprendera a conviver com as brincadeiras e codinomes, aparentemente carinhosos, que seu patrão lhe atribuía; todavia, passara a ser cortejada, observada e elogiada de forma demasiada. Percebera que os galanteios não eram tão inocentes quanto imaginara, bem como não eram estritamente profissionais os demorados apertos de mão. As singelas paqueras logo se transformaram em reiterados convites para jantar em restaurantes, ir ao cinema, dentre outras propostas que Maria sempre conseguia rejeitar com uma hipotética desculpa. A insistência de seu patrão tornara o ambiente de trabalho tenso e pouco produtivo para ela, mostrando-se inibida e envergonhada perante os demais colegas de trabalho. A tensão eclodiu quando seu chefe ameaçou-a de perder o emprego se não sucumbisse a sua lascívia.

Maria, pensando em seus filhos, decidiu permanecer na empresa e sair com seu patrão que continuou a assediá-la e as demais funcionárias.

O relato acima consiste no cotidiano de um grande número de mulheres que, disputando um mercado de trabalho em uma sociedade androcêntrica, depara-se com discriminações e agressões a direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição pátria. Segundo afirma a doutora em História, Sônia Maria Cavalcanti, a mulher de uma *“não presença nos registros da história”* (2001, p.38) passou a constituir preponderante força de trabalho na América Latina, a partir da década de 80, em meio a uma grave crise econômica causadora de massivo desemprego. As mulheres, então, representavam o que Karl Marx denominou de *“exército de trabalhadores de reserva”*. *Apriori* ocupavam apenas cargos mais simplórios, devendo obediência e respeito ao seu empregador, em sua esmagadora maioria, um homem.

Os importantes cargos e bancos de universidades paulatinamente foram preenchidos por mulheres pioneiras, e as discriminações e ameaças sofridas foram relatadas em alto e bom som, em conformidade ao postulado do art. 5º, inciso X da Constituição de 1988, que afirma serem invioláveis *“a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Maria, personagem fictícia deste artigo, foi vítima do denominado assédio sexual,

entretanto, ao aceitar as ameaças subliminares de seu chefe, descaracterizou o tipo penal da lei 10.224/01. De fato, o assédio sexual não é crime próprio, e sim biprópio em virtude de exigir *“uma situação especial tanto do sujeito ativo como do sujeito passivo”*, além de não afetar apenas as mulheres, podendo ser, também, por elas praticado, de acordo com o inc. I do art. 50 da CF/88: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”*. Não se pode, todavia, furtar-se de lembrar quem sempre foi vítima deste crime durante décadas e décadas.

A estratificação vertical – tendência das mulheres ocuparem empregos nos quais são subordinadas aos homens -, bem como a segregação horizontal – especialização dos empregos em função dos sexos, ocasionando um majoritário número de mulheres secretárias, recepcionistas, enfermeiras – contribuem, na opinião de Maurice Drapeau, para que as mulheres sejam as vítimas mais comuns do assédio sexual.

O Departamento de Igualdade de Gênero da Organização Internacional do Trabalho, através do seu documento sobre violência contra a mulher, declarou que o assédio sexual:

Viola o direito das trabalhadoras à segurança no trabalho e à igualdade de oportunidades, pode criar condições prejudiciais ao seu bem-estar físico-psicológico e interfere no ambiente de trabalho ao criar uma atmosfera que fragiliza e desmoraliza a mulher trabalhadora. (Luiz Flávio Gomes, 2001, p. 37).

A nova lei, portanto, criou polêmica e diversas correntes apoiando-a e crucificando-a. O ordenamento jurídico pátrio é acusado de copiar o sensacionalismo dos veículos midiáticos norte-americanos em prol do *sexual harassment*. Milionárias indenizações por danos morais assustam juristas e profissionais do direito brasileiro, bem como as consecutivas queixas infundadas do suposto crime. Esses vendavais de mentira e busca de dinheiro fácil por parte de alguns, influencia a opinião pública, intimidando genuínas vítimas de assédio sexual a requererem a tutela jurisdicional, pois estas, do pólo passivo, muitas vezes são transportadas ao pólo ativo da relação jurídica material.

CONCEITO

O assédio sexual, foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei 10.224/2001, com a inclusão no rol dos "Crimes contra a Dignidade Sexual", através do art. 216-A, que tipifica o crime como:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2o A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Desta forma, o assédio sexual é, segundo Sônia Mascaro Nascimento, "*toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, causando*

constrangimento à intimidade do assediado" (2011, p. 106), o constrangimento pode ser provocado pelo assediador utilizando-se do seu poder sobre o assediado através de gestos, palavras ou ainda com emprego de violência, sempre com o intuito de obter vantagem sexual, ou seja, tem como escopo a troca de favores. Conforme bem definido por Ernesto Lippman, é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico ou sócio da empresa, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, tais como a perda do emprego ou de benefícios.

Ocorre que Lippman errou ao se referir apenas ao ambiente de trabalho e ao superior hierárquico ou sócio da empresa, pois, deveras o assédio não se restringe apenas a estes espaços, podendo abarcar os meios acadêmicos, hospitalares e religiosos, apesar de não estarem previstos na norma penal brasileira. Neste mesmos sentido, o sujeito ativo deverá ser dotado de "*posição de hierarquia superior ou ascendência, para dela obter vantagem ou favor sexual, sugerindo, exatamente, de alguma forma, a condição superior como moeda de troca"*, (DJU, 19-10-2006, p. 99) conforme decisão do TRF da 2ª região, na AP nº 200351015014446.

Como o assédio decorre do *ethos* social, sua definição varia temporal e espacialmente, inexistindo unanimidade dos ordenamentos jurídicos acerca dos seus elementos definidores, embora a doutrina costume classificar o assédio sexual em

dois arquétipos: o assédio sexual por chantagem e por intimidação. O primeiro (assédio sexual *quid proquo*) pressupõe relação de subordinação entre a vítima e o autor, na qual aquela é ameaçada por este de perder benefícios ou até mesmo seu emprego caso não lhe preste determinados favores sexuais. O sujeito ativo não precisa ser necessariamente o destinatário dos favores sexuais requeridos. Trata-se de um verdadeiro abuso de autoridade.

O assédio sexual por intimidação (assédio sexual ambiental), por sua vez, consiste em manifestações verbais ou físicas inoportunas de índole sexual que acarretam prejuízo na atuação da vítima no seu ambiente de trabalho ou atividades rotineiras. Em geral, o assédio sexual ambiental é praticado por companheiro de trabalho cuja posição hierárquica é semelhante a da vítima, sendo desnecessária a relação de poder. O assédio sexual também pode ser classificado em laboral, quando praticado no ambiente de trabalho e extralaboral praticado em ambiente isento de relações de trabalho.

Como veremos a seguir, a lei responsável pela criação do tipo penal “assédio sexual” abarca apenas o assédio laboral por chantagem, todavia os demais casos de assédio sexual são passíveis de indenização, no juízo cível, pelos danos materiais e morais causados à vítima.

UMA NOVA LEI PARA UM ANTIGO PROBLEMA. Criminalizar ou descriminalizar: eis a questão

A criminalização do assédio sexual é adotada por um pequeno número de países, dentre os quais, Espanha, França, Portugal, Itália e o Estados Unidos da América, que foi precursor, estabelecendo o assédio, a partir de meados da década de 70, como prática contrária aos direitos humanos.

O Código Espanhol prevê pena de prisão de seis a doze finais de semana ou multa de três a seis meses ao assédio sexual baseado em relação laboral, docente ou de prestação de serviços habitual ou continuada, ou seja, assédio laboral e extralaboral, *quid proquo* e ambiental.

O Código português em seu art. 164, n. a relata:

Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, econômica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça... a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão de até três anos.

O art. 222-33 da lei francesa de n. 98-468/98 prevê pena de prisão ao delito de assédio sexual, limitando-o ao âmbito do abuso de autoridade por parte do seu agente. A França também inovou ao tipificar o denominado “assédio moral”, conduta ofensiva baseada na eliminação da autodeterminação no trabalho do empregado, como o ocorrido com as funcionárias do industrial Máxime Bonnet, que eram proibidas de sorrir ou até mesmo

levantar as cabeças durante o trabalho de costureiras.

O ordenamento jurídico brasileiro, aderindo à avalanche de tipificações da conduta, eclodiu na elaboração da lei 10.224/01 que acrescentou o art. 216-A ao Código Penal pátrio, criminalizando o assédio sexual, embora o tipo constrangimento ilegal, previsto no seu capítulo VI do Título IV, possa perfeitamente abarcá-lo.

Elementos caracterizadores

O Art. 216-A define o assédio sexual como: *Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

Segundo Luiz Flávio Gomes, o assédio sexual possui três elementos principais: a prática de um constrangimento ilícito, o fim de natureza sexual e o abuso de uma posição de superioridade laboral. A conduta descrita é a de constranger alguém – forçar, coagir, compelir, obrigar, impor algo contra a vontade do sujeito passivo – sendo de execução livre, posto que a lei não a delimita. Qualquer meio idôneo, como palavras, gestos e escritos, podem ser utilizados na prática do tipo penal, no entanto, deve-se distinguir o assédio criminoso do simples flerte, gracejo, etc., bem como de um crime mais grave que resulte em violência física. A conduta será sempre comissiva, sendo impossível a sua modalidade omissiva.

Tratando-se de crime formal, consuma-se

apenas com o constrangimento, independente de resultado naturalístico. Segundo Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini *“embora rara, é possível a ocorrência de tentativa, que se configura, por exemplo, com a palavra escrita que não chega ao conhecimento da vítima”* (2011, p.1379), contudo, em todos as situações é necessário que a conduta seja reiterada e importune, efetivamente, a vítima para a sua consumação. A legislação da Costa Rica, em conformidade a outros precedentes jurisprudenciais, admite o assédio sexual composto de apenas uma conduta, quando grave. Os bens jurídicos protegidos são inúmeros, dentre eles a liberdade sexual, a honra, a liberdade no exercício do trabalho e a não discriminação. De fato, a tipificação do assédio sexual atua como prevenção a crimes mais graves possivelmente derivados do mesmo, como o atentado violento ao pudor, estupro e lesões corporais.

O delito em questão é comum, logo, seu sujeito ativo ou passivo poderá ser homem ou mulher. Como não há responsabilidade penal da pessoa jurídica, salvo em Direito Ambiental, as empresas não serão penalmente responsáveis por condutas criminosas de seus prepostos, diferentemente da responsabilidade civil. No Brasil qualquer empresa poderá ser acionada civilmente para efeito de pagamento de indenizações por danos materiais e morais; nos Estados Unidos da América, o título VII do “Federal Civil Rights Act” impede que as companhias dotadas de um número inferior a quinze empregados por dia trabalhando menos de vinte semanas

por ano sejam acionados judicialmente por discriminação ou assédio sexual. Mister será, no entanto, a existência de uma relação de sujeição da vítima em face à superioridade hierárquica do criminoso, não lhe permitindo, em determinadas circunstâncias, rejeitar as propostas indesejadas sem sofrer alguma grave consequência material, como a perda de um emprego ou promoção. Esta relação de superioridade hierárquica ou de ascendência, cujo prevalectimento deve estar diretamente ligado ao constrangimento sofrido, refere-se apenas a empregos – relações privadas – e cargos ou funções – relações públicas. Por conseguinte, a lei penal brasileira açambarca apenas o assédio laboral por chantagem, não configurando assédio sexual o mesmo constrangimento descrito, porém praticado contra uma trabalhadora que preste serviços sem habitualidade, por exemplo.

O elemento subjetivo do assédio sexual é o dolo, convergindo na consciência e vontade de cometer o injusto. O tipo reúne ainda um elemento subjetivo especial, caracterizado pelo intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual que poderá ser para si ou para outrem, apesar da lei manter-se omissa. Neste momento, o jurista deve se manter atento, pois, em grande parte das ocasiões, a linha entre o assédio criminoso e o legal será bastante tênue. Imaginemos um empregador que utilize galanteios para conquistar sua empregada, sendo recebido com sorrisos e lisonjeio. Tal cena diferiria demasiadamente se a mesma empregada se sentisse

importunada e constrangida com os galanteios do patrão.

A pena privativa de liberdade prevista é de detenção de um a dois anos. De acordo com o art. 44 do CPB, caberá substituição da pena imposta por quaisquer das penas restritivas de direito do art. 43 deste diploma legal, que são “prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana”. Em conformidade ao art. 89 da lei 9099/95, caberá a suspensão condicional do processo por dois a quatro anos, se o autor do delito preencher os requisitos contidos no § 1o do mesmo artigo. A lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01) trouxe novidades também para o delito de assédio sexual; ao considerar como infração de menor potencial ofensivo, qualquer crime cuja pena máxima não superar dois anos ou for de multa, muitos juristas e profissionais do direito têm entendido caber ao assédio os institutos da transação penal, mediante audiência de conciliação e julgamento, bem como ser ilegal a sua prisão em flagrante.

A ação penal é pública condicionada (art. 225, do CPB) e pública incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. Quanto às causas de aumento de pena, no caso da vítima ser menor de 18 anos, a pena é aumentada em até 1/3 (art. 216-A, § 2º. CPB), além das qualificadoras previstas no art. 226 do CPB, apenas os incisos I (concurso de duas ou mais pessoas) e II (agente ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge,

companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela) podem incidir no tipo penal.

O parágrafo único do art. 216-A do Código Penal não entrou em vigor devido ao veto presidencial. Sua antiga redação dizia:

Incorre nas mesmas penas quem cometer o crime:

I- prevalecendo-se de relações domésticas, de habitação ou de hospitalidade;

II- com abuso ou violação de dever inerente ao ofício ou ministério.

Os motivos do veto resumem-se ao fato dos incisos do parágrafo único proporcionarem benefício ao autor de tais modalidades de assédio sexual, em face à não incidência das causas de aumento de pena do art. 226 do Código Penal para a não ocorrência de um bis in idem. Portanto, as razões do veto presidencial explanaram que o texto implicava “inegável quebra do sistema punitivo do Código Penal”, todavia, parece-nos intrigante a desatenção dos ilustres membros do Congresso Nacional, para o fato de que ao concordarem com o veto, extirparam do ordenamento jurídico a criminalização do assédio extralaboral, de extrema importância na vida prática, pois a maioria dos trabalhadores do país não possuem carteira assinada pelos seus patrões. “Crasso e indescritível equívoco”, exalta o mestre Luiz Flávio Gomes, “benefício em favor do agente quem instituiu foi o veto”. Concordamos com o posicionamento do renomado doutrinador, posto que as condutas descritas nos dois incisos do parágrafo vetado não estão previstas no caput.

Deveria o legislador ordinário reformular a lei, inserindo no texto do caput as modalidades previstas nos incisos, a fim de evitar as inúmeras confusões jurisprudenciais que, sem sombra de dúvida, surgirão no cenário jurídico.

O ASSÉDIO SEXUAL PERANTE OS FINS DO DIREITO PENAL. As finalidades do Direito Penal e o assédio sexual

O Direito Penal tem como função primeira proporcionar o livre exercício dos direitos individuais harmonicamente. Trata-se de um instrumento de política social do Estado, por meio do qual se busca imediatamente a garantia dos direitos fundamentais constitucionais e mediatamente a paz social. O Direito Penal é, por assim dizer, o ramo jurídico que galga seu texto no ser sociológico, embora o projete como um dever ser jurídico. A exemplo desta assertiva temos o assédio sexual, conduta violadora da dignidade da pessoa humana que, após décadas despontando no ambiente de trabalho, foi acoplado ao diploma material penal dotado de uma redação almejando uma conduta hipotética da coletividade, a conduta do dever ser jurídico. Todavia não é qualquer ato comissivo ou omissivo que merece a tutela penal, devemos estar diante de um ato perigoso aos direitos humanos e de difícil controle por qualquer outro meio legal. Desta forma, o Direito Penal é essencialmente subsidiário devido ao seu caráter violento, devendo atuar como “*última ratio*”. A norma violada admite várias formas de restauração de sua validade, conforme o doutrinador e procurador de

justiça, Paulo de Souza Queiroz, “a pena é uma resposta funcional subsidiária, cuja necessidade é, em todo caso, questionável” (2001, p. 50)

Ao redor da genuína finalidade do Direito Penal transitam diversas teorias absolutas – que enxergam a pena como um fim em si mesmo, mera retribuição ao cometimento de um ilícito penal – e relativas – que admitem a pena como um meio para a conscientização e ressocialização. A doutrina majoritária da atualidade é adepta das teorias relativas, representadas pela teoria da prevenção geral – positiva e negativa – e da prevenção especial. A prevenção geral negativa, segundo Von Feuerbach, baseia-se na coação psicológica da pena, produzindo um contra-impulso penal diante do impulso criminoso do futuro agente do delito. De acordo com este entendimento, a ameaça abstrata não tem por escopo mudanças morais ou valorativas na coletividade e sim impedir a reiteração do comportamento criminoso. A prevenção geral positiva de integração tem como grandes expoentes Welzel e Jakobs, e como função da pena, a conscientização ética e moral a determinados valores. Welzel indaga que o fim primeiro da pena é a proteção do bem jurídico e vigência dos valores sociais, logo, ao criminalizar o assédio, o legislador estaria protegendo a liberdade individual, a honra e a dignidade da pessoa humana. Jakobs acredita na necessidade funcional e sistêmica da pena, restabelecendo a confiança e reparando ou prevenindo os efeitos negativos da violação dos direitos sociais, bem como minorando os danos

sofridos pela vítima. A prevenção especial é direcionada ao criminoso, a fim de ressocializá-lo, inibindo seus impulsos delinquentes.

Uma diferente teoria desponta no cenário jurídico: a teoria da função simbólica ou retórica da pena. Esta teoria afirma que a pena objetiva, de fato, uma imagem de segurança jurídica à sociedade diante de atos causadores de comoção social. Em consequência disso, conforme citado por Paulo de Souza Queiroz, García-Pablos alerta que o Direito penal “manipula o medo... introduz um sem fim de disposições excepcionais a despeito de sua ineficácia ou impossível cumprimento e, a médio prazo, desacredita o próprio ordenamento, minado o poder intimidatório de suas prescrições” (2001, p. 56).

Assédio sexual e eficácia da norma penal
O Direito penal é estritamente sintomato-lógico, não é etiológico, ou seja, não previne o crime, apenas atinge as suas consequências. Além disso, não é função do Direito penal alterar os valores sociais, porém, protegê-los, visando não interferir nas liberdades individuais. Muitos autores têm observado a contumácia do sistema penal trabalhar com a lógica suspeita sobre a vítima mulher, caracterizando uma visão estereotipada da figura feminina como dissimulada. A palavra da vítima, em muitos crimes contra os costumes é desprezada, prevalecendo a comprovação de sua honestidade e moralidade, conceitos variáveis e subjetivos. A vítima, portanto, passa a ser ré.

No âmbito do assédio sexual, a prevenção geral negativa da pena deveria conter os inúmeros casos relatados em jornais, no entanto, as queixas parecem triplicar a cada dia. A prevenção geral positiva, no entanto, é deveras difícil de ser visualizada em face da comprovada ineficácia da norma penal na conscientização ética e moral da população. A função retórica da norma penal torna-se visível a olhos nus em relação ao assédio sexual. O genuíno objetivo do legislador não foi o de conscientizar ou ameaçar a população, a finalidade da lei 10.224/01 foi suprir as expectativas da sociedade de “se fazer justiça”. Uma lei editada transmite uma idéia de seriedade e conforto, entretanto, as cifras ocultas – números de casos de assédio sexual não relatados à justiça - assustam bastante.

SEXUAL HARASSMENT TUPINIQUIM? Prós e contras da tipificação do assédio sexual.

A norma incriminadora do assédio sexual comporta benefícios à coletividade, como a tutela específica dos bens jurídicos ameaçados, dissipação de quaisquer dúvidas a respeito do assunto. Código de Processo Penal em seu art. 63 menciona a importância da sentença penal transitada em julgado como título executivo para o pleito civil de reparação de danos, ainda se absolvido o autor do crime.

O Código de Processo Civil, por sua vez, prevê no seu artigo 475-N, incisos II e III que a sentença penal condenatória transitada em julgado, bem como a sentença homologatória de conciliação ou transação, são consideradas títulos

executivos judiciais. Em decorrência deste fato, a tipificação do assédio sexual torna-se de grande valia para a vítima, tornando o processo de indenização na justiça civil mais célere, até mesmo se o delito for da competência da Justiça federal, aplicando-se a lei dos Juizados Especiais Federais.

Conforme previsto no art. 225 do CP, a legitimidade para propor a ação penal do crime previsto no art. 216-A, é exclusiva do Ministério Público, mesmo no caso em que se exige a representação da vítima:

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (art. 225 CP)

O assédio é o arquétipo de crime no qual a vítima encontra-se em uma posição delicada, pois, em geral, o seu emprego, essencial para o seu sustento, está em jogo; além de que antes de ser *admitida* como vítima, a mulher tem que provar ser merecedora de tal título, comprovando ser honesta. Com o tempo, esta “incriminação” da vítima tem se agravado devido aos inúmeros casos de assédios sexuais forjados em prol de elevadas indenizações por danos morais.

Com a nova incriminação algumas instituições públicas e privadas iniciaram programas internos de esclarecimento para evitar a conduta ilegal entre os funcionários, pois com o atual fervor da mídia, qualquer companhia em que um funcionário for vítima de assédio sexual será mal vista perante a opinião pública e, com certeza, será prejudicada financeiramente. A lei 10.224, por sua vez, peca por não prever a criação de Comissões dentro

das empresas ou sindicatos a fim de solucionarem precipuamente tais conflitos antes de ser acionada a via jurisdicional, como sugere Luiz Flávio Gomes.

O texto legal possui falhas em sua redação como o fato de não mencionar o tipo de constrangimento punível. A lei não diz se o constrangimento deve ser praticado mediante violência ou grave ameaça para configurar o assédio sexual, bem como não deixa claro seus limites. Por conseguinte, o legislador ordinário permite o surgimento de interpretações equivocadas, confundindo até mesmo uma cantada com um verídico assédio sexual.

CONCLUSÃO

A questão do assédio sexual tomou proporções gigantescas, abrangendo todo o mundo ocidental e oriental. No Japão, onde a sociedade é tradicionalmente patriarcal, as queixas de assédio sexual atingiram 9500 casos entre abril de 1999 e março de 2000; Knock Yohoyama, o então governador de Osaka – segunda maior cidade japonesa – foi obrigado a pedir demissão depois de submeter uma estudante universitária a assédio sexual. Os astros da NBA (National Basketball Association) vêm sendo alvo de diversas queixas, tais como a da camareira Susan Patterson que processou o jogador do Chicago Bulls, Dennis Rodman por assédio em novembro de 1998, e a da fisioterapeuta de “Magic” Johnson que o processou em março de 2000. O Vaticano também presenciou um caso de assédio sexual que desembocou em renúncia do monsenhor polonês Juliusz Paetz, arcebispo de Poznan. Nenhum desses casos, no entanto, atingiu proporções maiores que o escândalo do ex-presidente dos EUA, Bill Clinton e a estagiária da Casabranca, Mônica Lewinsky, capaz de abalar a maior potencial do mundo.

O pânico criado em torno das acusações de assédio sexual por parte das empresas se dá pelo fato das indenizações por danos morais acarretadas não serem protegidas por seguros: a conduta assediadora é considerada intencional pelas agências de seguro. As indenizações, em contrapartida, em geral, não são de valores irrisórios. Em um último momento o que nos preocupa é a falta de seriedade em torno

do assunto. De fato, muitas mulheres, e também homens, têm-se aproveitado de supostos assédios sexuais sofridos visando notoriedade e dinheiro. Todavia, o jurista do século XXI deve buscar ao máximo a imparcialidade – inerente a função jurisdicional – para solucionar tais conflitos. Não podemos se quer por um instante esquecer: o assédio sexual existe. Não se trata de uma ficção jurídica. Muitas pessoas, em sua grande maioria, mulheres, sofrem as suas consequências

diariamente e permanecem caladas, com medo. Caberá a polícia investigar mais atentamente cada caso em suas particularidades, analisar os aspectos probatórios – em geral provas testemunhais – sem ameaçar a integridade da vítima. A ilegalidade do crime de assédio sexual não pode ser esquecida devido a falsas queixas de algumas pessoas inescrupulosas.

Referências:

- CÂMARA, Edson de Arruda. Assédio sexual. direito positivo e necessidade de interpretar: Revista Jurídica Consulex Ano V- n. 106, 2001.
- CÂMARA, Edson de Arruda. Assédio sexual: um problema trabalhista, penal ou civil?. internet: www.terraviva.pt/baiagatas/2150/opinio5.htm.
- CAMPOS, Carmem. Assédio sexual e a reforma do Código Penal. internet: www.rolim.com.br/assedio.htm.
- CAVALCANTI, Sônia Maria Ribeiro Simon. A transformação de nossas almas: a longa trajetória das mulheres do Brasil. Revista da Fundação Pedro Calmon. Centro de Memória baiana. Ano V – n. 110: Consulex, 2001.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Mulher e normatividade jurídica. In: Questões penais. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DE JESUS, Damásio. Assédio sexual: primeiros posicionamentos. In internet: www.advogadocriminalista.com.br/home/artigos/0050.html.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ELUF, Luiza Nagib. Assédio sexual e a legislação. In internet: www.jt.estadao.com.br/noticias/98/06/24/artigos.htm.
- Facts about sexual harassment. In internet: www.ecoc.gov/facts/fs.sex.html.
- GOMES, Luiz Flávio. Texto legal e algumas razões para punir o assédio sexual. In: Revista Jurídica Consulex. Ano V -n. 110: Consulex, 2001.
- GREENBERG, David H. Sexual harassment, discrimination & wrongful termination. In internet: www.discriminationattorney.com.
- LIPPMAN, Ernesto. Assédio sexual nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2001.
- MARINHO, Josaphat. Rui Barbosa: valores da personalidade e obra. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado/ Julio Fabbrini Mirabete/ Renato N. Fabbrini – 7ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Sonia Mascaró. Assédio Moral. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio sexual: questões conceituais. In: Revista do Direito do trabalho. N. 27: Revista dos tribunais, 2001.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio sexual na relação de emprego. São Paulo : LTr, 2011.
- QUEIRÓZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do Direito penal: lineamentos para um Direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- QUEIRÓZ, Paulo de Souza. Funções do Direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Antecipação Parcial do ICMS para Remessas ao Estado da Bahia Através de Compras Feitas pela Internet ou Telemarketing

Jacob Daniel Broder

*Contador, Especialista em Finanças Corporativas,
Acadêmico do curso de Direito da Facsal.*

Introdução

O presente artigo se propõe a desenvolver uma análise com base em pesquisa sobre a recente exigência imposta pelo Estado da Bahia que passou a cobrar o pagamento do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços - sob a forma da Antecipação Parcial para remessas ao Estado da Bahia através de compras feitas pela Internet ou Telemarketing.

Tradicionalmente o ICMS originado pela circulação de mercadorias adquiridas pela Internet ou Telemarketing era pago ao Estado em que estava situado o estabelecimento de expedição, entretanto, com o crescente comércio através dessa modalidade, alguns Estados, principalmente os de maior destino de tais mercadorias, passaram a implementar mudanças com o intuito de aumento na arrecadação.

Como foco temático, pretende-se explorar a questão da legalidade jurídica e consequente possibilidade do Governo do Estado da Bahia poder passar a exigir tal antecipação parcial do ICMS, quando há a previsão legal, conforme a lei complementar 87/1996 de abrangência nacional, que prevê que o fato gerador desse imposto se dará na saída do estabelecimento comercial de contribuinte.

Nesse sentido, este projeto está orientado para uma pesquisa cujo problema pode ser apresentado da seguinte forma: Quando existem conflitos de interesses tributários entre membros federativos, o contribuinte final pode ser penalizado pela insegurança jurídica que se estabelece até que haja uma definição geral sobre o assunto?

A hipótese/pressuposto que orienta esta investigação considera que há a necessidade de ampla reforma tributária que possibilite uma arrecadação mais transparente de impostos, propiciando, inclusive, a repartição dos impostos arrecadados entre os entes federativos do País de forma mais justa, eliminando a atual “guerra fiscal” que vem sendo travada por muitos Estados e que estimula iniciativas como as do Estado da Bahia para o assunto em questão.

A pesquisa tem como objetivo geral conhecer os aspectos relevantes relacionados à legalidade e legitimidade do direito de cobrança do ICMS sob a forma de antecipação para que possa contribuir para um melhor entendimento do assunto.

Para os objetivos específicos, destacam-se os seguintes itens:

1) Identificar os dispositivos legais conflitantes que ensejam a possibilidade da “guerra fiscal” entre os estados, que buscam de maneiras isoladas e conflitantes, aumentar suas bases de arrecadação através da tributação nas remessas ao Estado da Bahia através de compras feitas pela Internet ou Telemarketing.

2) Mencionar as possibilidades adequadas de mudança no sistema tributário atualmente praticado, através do estudo das legislações pertinentes.

Enfim, a análise de tais questões pode levar a compreensão de maneira mais específica sobre a forma de cobrança do ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços - de competência dos estados - quando ocorrem operações que envolvem o trânsito interestadual de mercadoria e o conflito de interesses sobre a arrecadação que se estabelece, nessas situações, pela falta de definição clara, precisa e não conflitante, sobre o direito e legitimidade na arrecadação.

Implementação da Cobrança.

Através do Decreto nº. 12.534 de 23 de dezembro de 2010 editado pelo Estado da Bahia, iniciou-se a cobrança de 10% (dez por cento) adicionais sobre o valor de quaisquer compras efetuadas à distância e realizadas por meio de sites de e-commerce ou até mesmo através de serviços de telemarketing. (BAHIA. Decreto nº 12.534, 2010, não paginado) Para tal, o Estado da Bahia justifica sua atitude através da constatação e sob o argumento que os principais centros

distribuidores das mercadorias para as vendas efetuadas nas modalidades mencionadas, estão situados, principalmente nos estados de Sul e Sudeste e que isso estaria diminuindo substancialmente sua arrecadação.

O Senador Walter Pinheiro, em recente matéria veiculada no site Bahia Notícias (2012), estima que a perda de arrecadação do Estado da Bahia, em função dessa modalidade de comércio, se aproxima dos R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) somente para o ano de 2011 e defende a aprovação de novas regras de arrecadação para essa modalidade de comércio.

Senador Walter Pinheiro estima que:

O Estado da Bahia deixou de arrecadar aproximadamente R\$ 300 milhões, em 2011, por conta do comércio eletrônico, em que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é recolhido pelo local de origem da mercadoria. A estimativa é do senador Walter Pinheiro (PT-BA), que espera ver aprovadas, no Congresso Nacional, as novas regras de arrecadação sobre a atividade que trata dos produtos comprados via internet. Nesta quarta-feira (9), a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado deve votar as mudanças. De acordo com o parlamentar, em 2004, o e-commerce movimentou R\$ 1,8 bilhão no país, e saltou para R\$ 19 bilhões no ano passado. O petista defende que o plausível é que haja “60% do ICMS para o estado destinatário e 40% para as unidades da federação de origem da mercadoria”. Atualmente, São Paulo detém 60% das

vendas eletrônicas em todo o país. Outros estados como Santa Catarina, Rio de Janeiro, Goiás, Tocantins e Espírito Santo apresentaram superávit no setor em 2011. (E-COMMERCE Bahia, 2012, não paginado)

A partir da entrada em vigor do referido decreto, todos os estabelecimentos comerciais que atuam com vendas à distancia e possuem seus centros de remessas de mercadorias situados fora do Estado da Bahia passam a estar sujeitos às novas regras quando efetuarem vendas e remeterem mercadorias aos clientes do Estado da Bahia.

Com o objetivo de fazer valer seu decreto, as transportadoras foram orientadas a atentarem para a nova política fiscal, a partir de 01/02/2011, evitando assim a apreensão de mercadorias nas barreiras fiscais de entrada no Estado.

Quando observado o descumprimento à exigência, não havendo o recolhimento do imposto exigido, o Estado da Bahia cobrará além do ICMS previsto no decreto supra mencionado, multa, e será lavrado o termo de apreensão e auto de infração em nome do embarcador, em virtude de ser atribuído a esse a responsabilidade pelo recolhimento do imposto.

Vejamos o decreto, especificamente o artigo concernente ao assunto:

Art. 352-B - Nas aquisições via Internet ou por serviço de telemarketing efetuadas neste Estado por pessoa jurídica não inscrita no CAD-ICMS ou por pessoa física, quando a remessa partir de outra unidade da Federação, o remetente deverá recolher, antes da entrada no território

deste Estado, ICMS devido por antecipação tributária, aplicando a alíquota prevista nas operações internas e admitindo-se como crédito fiscal sobre o valor da operação uma das seguintes alíquotas:

I - 7% (sete por cento) para mercadorias ou bens provenientes das Regiões Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo;

II - 12% (doze por cento) para mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Espírito Santo;

§ 1º Para recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, nos termos deste artigo, será utilizada a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), que deverá acompanhar o trânsito, caso o remetente não possua inscrição de contribuinte neste Estado.

§ 2º Quando o remetente ou o transportador não recolher o imposto, o destinatário da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, cujo pagamento será feito através de DAE. (BAHIA. Decreto nº 12.534, 2010, não paginado)

O Estado da Bahia se mostrou pioneiro na regulamentação da questão, porém a iniciativa não deverá estancar por aí, já que outros Estados do Nordeste, a exemplo de: Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas, Piauí e Rio Grande do Norte, demonstraram a intenção de se posicionar de modo semelhante e pretendem, inclusive promovendo acordo, modificar suas legislações para disciplinar as operações em pauta, cobrando o imposto adicional sobre as mercadorias vendidas aos consumidores de seus Estados através da

Internet.

O argumento recorrente defendido pelos demais Estados do Nordeste tem sido o mesmo já utilizado pela Bahia, que as vendas aos consumidores Nordestinos, através das lojas virtuais e telemarketing, estariam promovendo arrecadação exclusivamente para os Estados fornecedores, que ficam com a integralidade do imposto em virtude de possuírem os centros de distribuição das grandes empresas do setor.

O tema inicia mais um capítulo na longa história de discussão e disputa por arrecadação de impostos entre os Estados, nesse caso, especificamente sobre o ICMS, e demonstra a necessidade de ampla reforma tributária na já complexa e cara estrutura existente.

Análise da constituição Federal – C.F. / 1988 e Ação Direta de Inconstitucionalidade - A.D.I. – 4.565.

Apesar de real, o fundamento utilizado pelos Estados e principalmente o meio jurídico – normas implementadas através de Decretos Estaduais - não parecem encontrar respaldo no ordenamento jurídico vigente no País.

O Superior Tribunal Federal – STF inclusive já foi provocado sobre o assunto, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que procura impedir tal posicionamento dos Estados.

Foi concedida a liminar na A.D.I. 4.565 que suspende a eficácia da Lei 6.041/2010, do Estado do Piauí, que determinou a incidência do ICMS sobre as entradas de

mercadorias ou bens de outras unidades da Federação, destinados a não contribuinte do ICMS. (PIAUI. Lei nº 6.041, 2010, não paginado)

Para o relator da A.D.I., ministro do STF Joaquim Barbosa, entende-se a argumentação de violação ao Pacto Federativo sendo esse o fundamento mais relevante, destacando que o e-commerce tem agravado as distorções dos princípios da neutralidade e do Pacto Federativo. Entretanto, segundo o ministro, a tributação nos moldes como pretende o Piauí depende de verdadeira reforma tributária.

Dentre as ofensas à ordem legal do País, iniciamos com destaque à Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 152:

É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. (BRASIL, 1988. p. 45)

Ainda em análise da Constituição Federal, agora em seu art. 155, § 2º, XII, “g”, verifica-se:

Art. 155, § 2º, XII, g, CF:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (BRASIL, 1988. p. 46)

Importância do ICMS para os Estados e Distrito Federal.

O ICMS se constitui na mais importante fonte de arrecadação para os Estados e para o Distrito Federal, dessa forma, as repercussões advindas de eventuais mudanças, promovidas de modo unilateral por qualquer Estado, terá sempre forte relevância para a arrecadação dos demais. Se torna oportuno mencionar que as modificações pretendidas devem ser celebradas através de convênios no âmbito do Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), buscando estabelecer uma equidade de interesses.

Sem a presença da tais acordos, existe a possibilidade de se cobrar duplamente o imposto para o mesmo fato gerador, pois cada Estado poderá estabelecer regras próprias buscando para si a maior fatia da arrecadação, sem a preocupação de avaliar o imposto já cobrado ou exigível por outro Estado.

Para o Instituto dos Auditores Fiscais da Bahia – IAF, através de seu presidente Helcônio de Souza Almeida, há ocorrência da bitributação, o que torna a cobrança ilegal e este estima que: “A cobrança gera bitributação, já que as empresas acabam pagando o ICMS no Estado de origem da mercadoria e no de destino”. (RIBEIRO, 2012, não paginado)

Legalidade e possibilidade jurídica da cobrança.

Assim, os Estados para efetuar modificações nas regras de cobrança, deveriam buscar estabelecer convênios. Uma vez celebrado, o convênio deveria ser

confirmado por decreto legislativo (art. 49, I, CF), e somente após isso, seria absorvido pelos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros e pelo Distrito Federal.

A observância aos acordos celebrados por meio do Confaz, reforça o Pacto Federativo e demonstra o respeito recíproco entre os Estados Membros, que se abstém de estabelecer suas próprias regras, evitando os conflitos que naturalmente surgem quando não são observados os interesses dos demais.

Cientes disso, no dia primeiro de Abril de 2011, os estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal celebraram, durante a 141ª reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), no Rio de Janeiro, o Protocolo ICMS 21/11, publicado em 7 de abril de 2011, buscando estabelecer uma espécie de “repartição” do ICMS nas vendas pela internet.

O argumento defendido pelos Estados signatários é que o aumento das vendas pela internet, telemarketing e showroom teria deslocado “as operações comerciais com consumidor final, não contribuintes de ICMS, para vertente diferente daquela que ocorria predominante quando da promulgação da Constituição Federal de 1988” se fazendo necessária a mudança e consequente repartição tributária do imposto entre as unidades federadas de origem e de destino já que o ICMS é imposto sobre o consumo e assim estariam atendidos os fundamentos da

Constituição.

O referido protocolo estabelece que nas operações interestaduais entre as unidades federadas signatárias da norma, o estabelecimento remetente, na condição de substituto tributário, será responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, em favor da unidade federada de destino, relativo à parcela que a esta couber.

O montante será calculado através da aplicação da alíquota da unidade de destino, sobre o valor da respectiva operação, deduzindo-se o percentual de 7% sobre a base de cálculo utilizada para cobrança do imposto, para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do estado do Espírito Santo e de 12% para as mercadorias ou bens procedentes das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Espírito Santo. O ICMS devido à unidade federada de origem da mercadoria ou bem, relativo à obrigação própria do remetente, é calculado com a utilização da alíquota interestadual. (BAHIA, Decreto nº 12.534, 1997)

Dessa forma, no caso de um contribuinte situado na Bahia vender, pela internet, uma mercadoria a um consumidor final não contribuinte do ICMS, residente em Sergipe, à Bahia será caberá o ICMS à alíquota de 12% (alíquota interestadual) sobre a operação e ao estado de Sergipe o ICMS de 5%, correspondente à alíquota interna deduzido o percentual de 12% (17% - 12%). (IBIDEM)

O problema é que o referido protocolo não se limita apenas aos estados participantes, o que permitiria que o custo total fosse

mantido e repartido, mas se aplica também, conforme os termos estabelecidos, até aos Estados não signatários fazendo com que o pagamento do imposto seja exigível no momento do ingresso da mercadoria ou bem no território do Estado de destino, na parcela a este cabível, mesmo que a operação seja proveniente de unidade federada que não aderiu ao Protocolo 21/11.

Nessa hipótese, se uma empresa estabelecida em Minas Gerais vender mercadoria pela internet a um consumidor não contribuinte do ICMS, residente no Distrito Federal, este exigirá 10% de ICMS (17% - 7%) e Minas cobrará sua alíquota interna normalmente, que é de 18%. Com isso, a carga tributária global, neste exemplo, será de 28% e isso, sem dúvida, se configura em bitributação.

Percebe-se, portanto, que o protocolo não traz solução ao problema da guerra fiscal existente no e-commerce, pelo contrário, acirra ainda mais a disputa, pois é fato que a maior parte dos centros de distribuição de mercadorias pertencentes aos estabelecimentos virtuais situam-se nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais e que não aderiram ao protocolo.

O site da revista Isto É Dinheiro, em matéria sobre o assunto, anuncia que o assunto chegou a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, que pretende realizar uma audiência pública para tratar da questão, discutindo sobre as possibilidades de repartição do ICMS

Matéria veiculada no Site da Revista Isto É Dinheiro:

A Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado aprovou na terça-feira, 15 de maio de 2012 um requerimento para a realização de audiência pública que visa discutir a divisão do ICMS em operações de comércio eletrônico. O pedido foi feito pelo líder do governo no Congresso, senador José Pimentel (PT-CE), no momento em que a Casa deve votar em plenário para uma proposta para mudar o rateio da tributação para transações comerciais feitas nessa modalidade. O presidente da CAE, senador Delcídio do Amaral (PT-MS), anunciou que a audiência pública deve ser realizada em duas semanas. Só não será antes porque na semana que vem o colegiado ouvirá o ministro da Fazenda, Guido Mantega, sobre as mudanças na regra de remuneração da caderneta de poupança. Foram convidados para o encontro o secretário-executivo do Ministério da Fazenda, Nelson Barbosa, o consultor tributário Amir Khair, e os secretários de Fazenda de São Paulo, do Ceará e de Santa Catarina, respectivamente, Andrea Calabi, Carlos Mauro Benevides Filho e Nelson Serpa. Na semana passada, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que altera a tributação para transações feitas via comércio eletrônico e comércio não-presencial (televentas, por exemplo). A proposta, que aguarda prazo regimental para ir a votação em plenário, garante uma maior fatia dos recursos do ICMS para os Estados destino das mercadorias ou bens. Por falta de legislação específica, todo o ICMS arrecadado atualmente nessas

operações fica para o Estado de origem. São Paulo, que tem questionado a mudança, é um dos mais beneficiados pela divisão feita hoje.

(E-COMMERCE, 2012, não paginado)

O assunto também foi objeto de matéria veiculada pelo site do Partido dos Trabalhadores - P.T, no Senado Federal, que tratou o assunto informado a análise que será feita pela Comissão de Constituição e Justiça - C.C.J.

Matéria veiculada no Site do Partido dos Trabalhadores - P.T, no Senado Federal:

A mudança na sistemática de cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) do e-commerce, a ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) nesta quarta-feira (09/05/12), poderá beneficiar mais de 31 milhões usuários que utilizam a rede mundial de computadores para adquirir bens e serviços, já que as alíquotas do imposto serão divididas entre os estados de origem (aqueles que vendem a mercadoria) e os estados de destino dos produtos (onde residem os internautas). A expectativa é que os preços dos produtos vendidos no comércio eletrônico sejam reduzidos na ponta final, para os consumidores. Se a medida já estivesse em vigor, os consumidores já poderiam ser beneficiados nesses dias que antecedem o Dia das Mães, cuja projeção da empresa E-bit, especializada no setor, prevê negócios da ordem de R\$ 950 milhões no comércio eletrônico.

Alterar o ICMS no comércio eletrônico é mais um item da pauta do Governo Federal e da bancada petista no Senado para o novo pacto federativo. Segundo o líder do

PT e do Bloco de Apoio ao Governo, senador Walter Pinheiro (PT-BA), a mudança é urgente, já que nos últimos dez anos esse tipo de negócio cresceu de tal forma que a própria Constituição Federal não previa um dispositivo legal do ICMS para o comércio eletrônico.

Há dez anos, diz Pinheiro, as vendas do comércio eletrônico somavam R\$ 540 milhões. No ano passado, o movimento foi de R\$ 18,7 bilhões. Sobre esses valores e nesses dez anos, o ICMS era recolhido apenas no estado de origem, ou seja, onde se encontram as sedes das empresas que atuam neste segmento. Os estados de destino das mercadorias, por sua vez, nunca participaram dessa riqueza, o que deverá acontecer a partir de agora com a partilha do diferencial da alíquota do ICMS, podendo baratear o preço final dos produtos aos consumidores.

Vamos tentar votar na CCJ nesta quarta-feira e levar a proposta para discutir em plenário, dando sequência a esse importante item. Os números do setor observados nos dão uma certeza: o quanto a economia do segmento cresce e o quanto é importante o Senado tratar da redistribuição do ICMS entre os estados nas relações comerciais pela internet”, afirmou Pinheiro.

Potencial

O potencial do comércio eletrônico está intimamente relacionado ao acesso à internet. Em artigo publicado no site www.e-commerce.org.br, o especialista Dailton Felipini afirma que em 2001 a população brasileira era de 172,3 milhões de brasileiros, dos quais 12 milhões tinham

acesso à internet. Segundo ele, dados recentes do Ibope NetRatings apontam que no quatro trimestre do ano passado cerca de 79,9 milhões de pessoas tinham acesso à internet, dos quais 31 milhões de consumidores on-line foram responsáveis pelo faturamento de mais de R\$ 18 bilhões do comércio eletrônico.

Se nos últimos dez anos o segmento experimentou um crescimento avassalador, Felipini projeta que até 2020 o comércio eletrônico será utilizado por praticamente toda a população adulta. Assim como ocorreu com o rádio e a tevê, a compra regular pela internet será um hábito corriqueiro, pela forma prática, fácil e econômica de comprar qualquer produto ou serviço.

PEC

Há duas semanas, a CCJ concedeu vista coletiva para que os senadores pudessem ter conhecer melhor o texto substitutivo do senador Renan Calheiros (PMDB-AL) às três propostas de emenda à Constituição (PECs nºs 56,103 e 113/2011) que tramitam em conjunto e oferecem alternativas à nova sistemática do ICMS do comércio eletrônico – essa mudança vai ocorrer por emenda já que a Constituição de 1988, no artigo 155, sequer previa uma forma de tributação do ICMS do e-commerce.

O substitutivo de Renan tomou por base o texto da PEC nº 103/2011 de autoria do senador petista Delcídio do Amaral (PT-MS), para estabelecer que o estado onde reside o comprador da mercadoria (destino) terá direito à diferença entre a alíquota interestadual cobrada pelo estado

de origem onde está localizada a sede da empresa responsável pela plataforma de vendas pela internet.

De acordo com o substitutivo, quando os estados das regiões Sul e Sudeste realizarem vendas para os estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, de uma alíquota modal de ICMS de 17% terão direito a 5%, sendo que os 12% restantes serão remetidos aos estados de destino. Se as vendas forem feitas dos estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste para os estados das regiões Sul e Sudeste, terão direito a 5% (na origem) e remeterão 12% para o destino, nas chamadas operações interestaduais.

Nas operações internas, quando a venda pelo comércio eletrônico acontece, por exemplo, de São Paulo para Minas Gerais, portanto, na mesma região Sudeste, o estado de origem onde fica a sede da empresa, a alíquota modal de 17% será partilhada da seguinte maneira: 7% para o estado de origem (São Paulo) e 10% para o estado de destino da mercadoria (Minas Gerais). Esse critério valerá nas operações internas realizadas pelo comércio eletrônico entre os estados dentro das mesmas regiões. Sempre o estado de origem receberá 7% e o de destino 10%.

Audiência Pública

A CCJ também deverá colocar em votação o requerimento de autoria do senador Eduardo Suplicy (PT-SP) e apoiado pela senadora Marta Suplicy (PT-SP), em que solicitam uma audiência pública para debater o tema com o secretário-executivo do Ministério da Fazenda, Nelson Barbosa; o consultor Amir Khair; o secretário de

estado da Fazenda de São Paulo, Andrea Calabi e o secretário de estado da Fazenda do Ceará, Carlos Mauro Benevides Filho.

Segundo Marta Suplicy, no caso da Resolução 72 já aprovada pelo Senado e que acaba com a guerra dos portos, o estado de São Paulo se saiu muito bem, mas ela está preocupada com a nova sistemática do ICMS no comércio eletrônico, por entender que haverá perdas de receita. “Essa medida me preocupa porque São Paulo, por diversos motivos e até por causa de seus dirigentes, já não é há muito tempo a locomotiva do Brasil em termos de crescimento. (PT NO SENADO, 2012, não paginado)

A Insegurança Tributária para as empresas contribuintes do ICMS.

Um ponto a ser observado e que possui muita relevância para o tema é a insegurança jurídica que decorre da indefinição sobre o assunto, trazendo substancial risco de prejuízo para uma importante figura que parece esquecida no meio de todo esse imbroglío jurídico: A Empresa Contribuinte do ICMS.

Como se sabe, o comércio por qualquer meio é bastante dinâmico e o custo tributário se constitui em um dos principais pontos para a definição dos preços das mercadorias, diante disso, a falta de regra clara sobre o custo final que as empresas terão com seus produtos, pode significar o sucesso ou não, perante seus clientes, inclusive definido sua continuidade.

Assim, buscando se respaldar, diversos fornecedores têm ingressado em juízo para discutir tal cobrança e no caso

específico do Estado da Bahia, já foram concedidas liminares pela Justiça Estadual para que empresas que vendem a consumidores da Bahia não paguem o ICMS extra.

Ações Judiciais propostas por contribuintes.

A advogada Adriana Estigara, em artigo publicado e disponível no site Âmbito Jurídico, trata o assunto e traz informações sobre as ações propostas, além de comentários de secretários de fazenda estadual e tributaristas.

Menos de uma semana após iniciar a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre mercadorias vendidas pela internet, a Fazenda baiana já é alvo de contestações. A Lojas Renner conseguiu uma liminar que impede a Bahia de cobrar o imposto de 10% sobre mercadorias vendidas pela internet provenientes do Estado de São Paulo.

Desde o dia 1º a Bahia exige ICMS sobre as mercadorias provenientes de outros Estados e vendidas por lojas virtuais a consumidores localizados em território baiano. O imposto é exigido no momento da entrada da mercadoria no Estado. Com a decisão, a Lojas Renner deve continuar a recolher ICMS sobre vendas pela internet a São Paulo, caso as mercadorias sejam distribuídas a partir de depósitos sediados em território paulista.

O secretário de Fazenda da Bahia, Carlos Martins Marques Santana, diz que além da Lojas Renner, outro varejista já foi ao Judiciário local para questionar a

cobrança, mas ainda não há decisão. De qualquer forma, porém, diz ele, a Bahia vai entrar com recurso contra qualquer decisão contrária à exigência do imposto.

Não mudaremos nada. Manteremos essa norma porque é preciso rediscutir a arrecadação do imposto sobre essas operações e adaptar a cobrança à nova situação." Segundo ele, a Bahia vem estudando a possibilidade de cobrar o imposto desde o ano passado, quando deixou de recolher entre R\$ 90 milhões e R\$ 100 milhões em ICMS sobre as vendas pela internet a consumidores localizados na Bahia. Ele calcula que os Estados nordestinos tenham perdido juntos perto de R\$ 300 milhões.

Santana diz que as vendas pelas lojas virtuais estão crescendo "exponencialmente". Vários dos varejistas eletrônicos, diz, possuem inscrição estadual na Bahia. Segundo ele, parte das vendas eletrônicas, na verdade, são feitas com a ida física dos consumidores às lojas. "São estabelecimentos que funcionam como um show room. O cliente faz a encomenda e no momento da entrega a mercadoria chega como se tivesse sido vendida pela internet", diz. Segundo o secretário não é possível resolver esses casos apenas com a fiscalização nos estabelecimentos.

O tributarista Fabio Brun Goldschmidt, do Andrade Maia Advogados, que representa a Lojas Renner no processo, diz que a empresa deve questionar também exigências semelhantes de outros Estados. Na prática, nesses casos, diz ele, o varejista fica sujeito a uma tributação pesada porque o ICMS é exigido pelo Estado de

destino e pelo de origem. Como é uma venda a consumidor final, a comercialização via internet tem seu ICMS recolhido integralmente pelo Estado de origem. São beneficiados Estados que sediam os centros de distribuição, como São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo.

Segundo Santana, a expectativa é que a questão possa ser resolvida por meio de convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Esse convênio, porém, precisa da concordância unânime dos Estados. A próxima reunião do Confaz deve ser realizada em abril, mas ainda não há pauta definida.

Além da Bahia, outros Estados cobram o ICMS na entrada de mercadorias vendidas no mundo virtual. Júlio de Oliveira, do Machado Associados, lembra que o Piauí instituiu a cobrança recentemente, com exigência de imposto de 4,5% ou 8% sobre o valor da operação. A alíquota varia conforme a região de origem da mercadoria e é concedida isenção até o limite de R\$ 500. Ceará e Mato Grosso também já fazem a retenção do imposto desde o ano passado, a partir de determinados valores. No caso do Ceará, a cobrança é feita sobre operações a partir de R\$ 1.343,25. (ESTIGARA, 2012, não paginado)

CONCLUSÃO

A modificação na forma de cobrança do ICMS tem se mostrado algo inevitável. Se bem aproveitado, o momento e a matéria em questão podem contribuir para a construção de uma forma de tributar mais simples e eficaz, entretanto, não se pode ignorar a adequada via para que as mudanças ocorram.

Como a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que nas operações e prestações que destinem bens a consumidores finais localizados em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, para que tais mudanças ocorram deve-se utilizar a Emenda Constitucional.

A tentativa de modificação na forma de cobrança do ICMS através de Protocolos, como o que recebeu a numeração 21/11, além de não se constituir em meio correto para a implementação das mudanças,

acaba por trazer ainda mais insegurança para a já tão complexa estrutura tributária Brasileira, penalizando os contribuintes e consumidores finais que são os maiores prejudicados com a situação.

Diante do exposto, a cobrança da forma pretendida pelo Estado da Bahia demonstra-se inconstitucional, além de resultar no encarecimento de alguns produtos para o consumidor final, assim, para que as empresas atingidas por essa medida possam se respaldar, afastando a exigência e se mantendo competitivas, resta apenas a via judicial.

Nesse caso, o Mandado de Segurança Preventivo é o meio adequado para a busca da proteção judicial pretendida, e quando obtida, mesmo através de medida liminar, afastará a possibilidade de cobranças contrárias ao contribuinte até que o assunto se encontre pacificado.

Referências:

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALLEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAHIA. Decreto nº 6.284, de 14 mar. 1997. Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - RICMS. Bahia, Diário Oficial de 15 e 16 mar. 1997.

BAHIA. Decreto nº 12.534, de 23 dez. 2010. Alteração nº 141 do RICMS do Estado da Bahia. Bahia, 2010.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei Complementar nº 87. Imposto dos Estados e Distrito Federal, Lei Kandir, Brasília, DF, Presidência da República, Casa Civil, 13 set. 1996.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESTIGARA, Adriana. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10663&revista_caderno=26>. Acesso em: 17. Mai. 2012, às 17:45hs

E-COMMERCE. Revista Istoé Dinheiro, São Paulo, 16 mai. 2012. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/84141_CAE+DISCUTIRA+DIVISAO+DO+ICMS+DO+E-COMMERCE>. Acesso em: 16. mai. 2012, às 19:22hs.

E-COMMERCE Bahia. Bahia Notícias, Bahia, 08 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br>>. Acesso em: 08. mai. 2012, às 12:02hs.

PIAUI. Lei nº 6.041, de 30 dez. 2010. Regulamento do ICMS do Estado do Piauí. Piauí, Diário Oficial N. 244, 2010.

PT NO SENADO. Mudança do ICMS do e-commerce deve beneficiar 31 milhões de usuários. Site PT no Senado. Distrito Federal, 16 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.ptnosenado.org.br/textos/69-noticias/20423-mudanca-do-icms-do-e-commerce-deve-beneficiar-31-milhoes-de-usuarios>>. Acesso em: 16. mai. 2012, às 19:40hs.

RIBEIRO, Luciana. Estados cobram ICMS duas vezes em compras on-line. Folha.com, São Paulo, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mercado/874050-estados-cobram-icms-duas-vezes-em-compras-on-line.html>>. Acesso em: 17. mai. 2012, às 12:45hs.

Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor:

**Direito e garantia
fundamental do cidadão**

Edinélia M. de Almeida

*Advogada
Especialista em Processo Civil pelo Juspodivm.
Assessora Técnica da Superintendência de
Proteção e Defesa do Consumidor/
Procon-Bahia
Coordenadora do Curso de Direito do
Isec (Facsal)
Professora do Curso de Direito do Isec (Facsal) e
do IBES*

Introdução

O Estado Democrático de Direito surgiu, como um sistema de conteúdo próprio, com o objetivo de garantir condições mínimas de vida digna aos seus cidadãos. Este Estado, no sentido de efetivar estes direitos e garantias fundamentais, deve fazer jus à idéia de reestruturação da comunidade, criando assim condições de efetiva igualdade, solidariedade e qualidade de vida.

Como forma de efetivar os princípios abalizadores deste Estado eminentemente Democrático, e ainda em face busca do equilíbrio e do bem comum, o governo desenvolveu a política pública de defesa do consumidor. Esta política almeja administrar os desafios de uma sociedade massificada. Nesta moderna comunidade consumidora, produtos e serviços são postos no mercado, tendo como exclusivo fim da produção, o consumo.

A informatização, a globalização e velocidade das informações possuem papel de destaque na formação de uma cultura voltada para o consumo.

O Estado realiza, no seu papel de garantidor, pois, a política pública de defesa e proteção ao consumidor em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem pública nas relações entre particulares, antes deixada ao arbítrio da vontade das partes. Deve sempre subsistir a liberdade de empreender, e de pactuação dos contratos, porém sempre resguardando os direitos dos cidadãos.

O desafio, neste momento, passado o ápice da expansão dos gastos, é o de continuar a inserir as pessoas no mercado de consumo, mas com a devida observâncias dos preceitos constitucionais (em especial o da dignidade da pessoa humana), e dos ditames do CDC.

Evolução Das Relações Consumidoras No Mundo

No âmbito global é possível se recordar que a revolução industrial aumentou exacerbadamente a capacidade produtiva do ser humano. A realidade de que um produto era produzido manualmente, artesanalmente e até mesmo sob encomenda abriu espaço para a produção massificada, em grande quantidade, em série. É Sérgio Cavalieri Filho (2011) em seu Programa de Direito do Consumidor, quem bem traz esta transição ao relatar que:

Houve também modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a

produção e a comercialização. Se antes era o próprio fabricante quem se encarregava na distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo - sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de determinado momento essa distribuição passou também a ser feita em massa[...] (CAVALIERI FILHO, 2011, p.02)

Comerciante e consumidor passaram a receber os produtos fechados, embalados e lacrados, sem condições de conhecer seu real conteúdo. Houve então um distanciamento nas relações. Novas formas de contratações se impuseram (contrato coletivo, contrato de adesão e cláusulas gerais), marcadas pela característica de serem estabelecidas unilateralmente pelos fornecedores, sem qualquer participação do consumidor.

Com a revolução industrial aumentou-se o desenvolvimento tecnológico e industrial. Elevou-se a capacidade produtiva. Porém, pari passu a estes avanços, cresceram também os riscos da atividade. Na produção artesanal os defeitos eram isolados, atingindo apenas poucos bens. Na produção em série, por sua vez, um único defeito em sua concepção ou de fabricação pode gerar riscos e danos efetivos para um número indeterminado de consumidores. Os recalls ilustram bem esta realidade. O professor CAVALIERI FILHO (2011), rememora ainda:

O caso da Talidomida Contergam, um sedativo grandemente utilizado entre 1958 e 1962, principalmente por gestantes. Esse medicamento foi retirado

do mercado porque provocou deformidade em milhares de nascituros, principalmente na Alemanha e na Inglaterra. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.03)

Após o advento da revolução industrial o Estado, notoriamente liberal, acordou para o fato de que deveria garantir os direitos daqueles vulneráveis. O ilustre José Geraldo Filomeno (2007), em sua obra Manual de Direito do Consumidor ao citar Gérard Cãs, expõe o seguinte:

A sociedade industrial engendrou uma nova concepção de relações contratuais que têm em conta a desigualdade de fato entre os contratantes. O legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem econômica pública. (FILOMENO, 2007, p.02)

É de se observar, entretanto, que a tutela Estatal inicialmente era apenas para resguardar as garantias dos trabalhadores, que eram massacrados através de jornadas sobre-humanas em fábricas com condições subumanas. Neste momento inicial não havia a preocupação com os direitos dos consumidores. Ao final do século XIX e início do século XX observa-se que há uma mobilização dos consumidores, mas como instrumento de pressão não por seus direitos, mas sim pela justiça social.

Neste sentido, Florence Kely, no ano de 1899, deu prosseguimento ao trabalho desenvolvido, em Nova York, por Josephine Lowell, ciadora da New York Consumers, reunindo as associações de

Nova York, Boston, Chicago, Filadélfia criando a Liga Nacional dos Consumidores. A ênfase inicial era nas condições das mulheres e crianças nas fábricas. A liga usava a força dos consumidores para uma causa social, mais do que para a defesa de bons produtos ou da qualidade industrial. atualmente a liga se transformou na temida "Comumer's Union", segundo informa FILOMENO (2007, p. 04).

Mas é em 1960, que o consumidor, realmente, começou a ser sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado. Sérgio Cavalieri Filho (2011), em seu excelente programa sobre o tema, trouxe o relato de que o Presidente Kennedy, atento para necessidade de tutelas dos direitos, encaminhou mensagem especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção e Interesses dos Consumidores, na qual afirmou:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas ... Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.05)

Foi a Organização das Nações Unidas quem deu início ao movimento de consolidação dos direitos consumeiristas, ao editar a notória Resolução nº. 39/248, de 10-4-1985, a partir da qual diversos países modificaram os seus ordenamentos jurídicos para proteger a parte reconhecidamente vulnerável na relação entre fornecedor e consumidor. Traçando uma

política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, as Nações Unidas, logo em seu primeiro ponto da Resolução 39/248, apontou que:

Levando em consideração os interesses e as necessidades dos consumidores em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento; reconhecendo que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo; e tendo em mente que consumidores têm direito de acesso a produtos inofensivos, assim como o direito de elaborar um desenvolvimento econômico e social justo, eqüitativo e duradouro, essas normas para a proteção ao consumidor têm os seguintes objetivos: [...]

As orientações trazidas pela ONU buscam proteger a segurança física, a integridade econômica, bem como visa resguardar o direito a informação, conforme é possível se observar dos seguintes trechos exemplificativos:

14. Os governos devem intensificar os seus esforços para prevenir práticas que sejam prejudiciais aos interesses econômicos dos consumidores[...];

19. Os consumidores devem ser protegidos contra abusos contratuais[...]

31. Os governos devem desenvolver ou incentivar programas de educação e informações para consumidores em geral [...].

A regulamentação das relações de consumo em todo o globo sofreu grandes avanços desde o momento da publicação da mencionada Resolução da ONU. Os países membros, gradativamente,

elabora sistemas protetivos dos consumidores. É o caso do Brasil, que em 1990 criou o seu Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A atual situação demonstra, no entanto, que há é preciso avançar, sobretudo nas novas economias como a China e a Índia.

Estes dois gigantes emergentes, crescem economicamente de forma vertiginosa. Preocupa, porém, que a tutela dos consumidores não se desenvolva no mesmo passo do crescimento da produção. Enquanto os consumidores locais não possuem ainda voz e força para se reclamarem por produtos mais seguros, as empresas, todavia, começam, ao menos, a ter que se adaptar a uma realidade global. Como Thomas L. Friedman (2005) bem sintetizou: “O mundo é plano”, e com isto estas economias precisam atender aos padrões de segurança globais caso desejem continuar figurando como grandes fornecedores multinacionais.

Evolução das Relações Consumeiristas no Brasil

No Brasil, o movimento consumeirista iniciou-se nos primórdios dos anos 70, com a criação das primeiras associações civis, no Rio de Janeiro, Curitiba e Porto Alegre. Em maio de 1976, o Governo Estadual de São Paulo, pelo Decreto no 7890, criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor.

Neste primeiro momento, não havia leis específicas que regulamentassem as relações de consumeiristas, sendo as lides solucionadas sob a égide do Código Civil de

1916. O templo era tratado, mais precisamente com enfoque na disciplina dos vícios redibitórios.

Ao fim da década de 80 foi estabilizado no Brasil uma forte conscientização da quanto à necessidade de leis específicas de defesa do consumidor, especialmente tendo em vista que o Código Civil de 1916, assim como as demais normas então existentes, não mais conseguiam satisfazer as lides das relações de consumo. Essa conscientização foi levada a Assembléia Nacional Constituinte, que refletindo os anseios da comunidade, foi por uma codificação das normas de consumo. Ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988, no seu artigo 50, inciso XXXII, determinou: “O Estado promoverá, na forma de lei, a defesa do consumidor”.

Pouco tempo houve até o efetivo advento de normas específicas que tutelassem as relações entre fornecedores e consumidores, de acordo com a determinação do art. 48 dos ADCT. Este conjunto de regras infraconstitucionais, que em verdade são extensões dos princípios gerais do Estado Democrático de Direito, foi denominado de CDC. Este Código reflete, pois, a opção legislativa de garantir a liberdade de empreender, desde que respeitados os direitos dos consumidores. É isto que se depreende da leitura do art. 170, V da CF/88, pelo qual:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes

princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;

Do próprio título da codificação criada percebe-se o manifesto caráter de política pública desta norma. Estas políticas são criadas em uma sociedade de acordo com as suas necessidades. Por tanto é que se pode dizer que “o Código de Defesa do Consumidor não surgiu por acaso, tampouco decorreu de um simples projeto como qualquer lei ordinária” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 10). Foi, e continua a ser, algo maior. Representa o posicionamento do Estado face a seus cidadão, uma linha de política pública mais ampla que o CDC em si.

O conceito de políticas públicas encontra definição precisa e delimitada nas palavras de Elenaldo Celso Teixeira, que em seu artigo exemplar, “O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento local e na Transformação da Realidade”, assevera que:

Políticas públicas são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado.

O mérito de traçar um paralelo certo entre as políticas públicas e o direito dos consumidores cabe a Fábio Konder Comparatto. Em obra sobre o tema, é possível se conferir a posição de COMPARATTO (1974), que por seu turno expõe que:

A defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-

programa, tendo por objeto uma ampla política pública (public policy). *A expressão política nacional designa um programa de ação de interesse público. Como todo programa de ação pública desenvolve uma atividade, isto é, uma série organizada de ações, para consecução de uma finalidade, imposta pela lei ou na Constituição. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita, portanto, por meio das chamadas "normas-objetivo". (Grifo nosso) (COMPARATTO, 1974, p.15/16)*

Percebe-se então que o Brasil encontra-se em avançada situação em relação às garantias e direitos dos consumidores, em relação ao resto do globo, ainda mais quando se observa que este foi o primeiro Estado a codificar suas leis consumeiristas. Há então uma política pública definida no sentido de tutelar aqueles mais fracos na relação consumeirista, o que garante a dianteira do país na preservação dos direitos humanos, no sentido que, em verdade, os princípios e normas do microsistema do CDC são apenas um reflexo dos princípios orientadores de todo o Estado Democrático de Direito, apresentados na Constituição.

O Princípio Constitucional de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 tem o grande mérito de trazer em seu corpo vasto feixe de normas principiológicas que asseguram direitos e garantias dos cidadãos. Dentre tal plexo, encontra-se a proteção dos consumidores, algo notavelmente novo em relação às Cartas

anteriores. José Afonso da Silva (2006, p.263), no entanto, traz que: "É bem verdade que as constituições brasileiras, desde 1946, inscreveram um dispositivo que poderia servir de base à proteção do consumidor, se fosse eficaz. Referimo-nos à repressão ao abuso do poder econômico (...)". Tal previsão não retira o caráter inovador da atual Lei Maior, conquanto esta é expressa ao garantir, em seu art. 5º, XXXII, que: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;".

Por meio da Constituição Federal que demonstrou ser a forma que fundamenta as políticas públicas elaboradas, é que, no Brasil, principia-se o chamado "direito privado solidário". Esta expressão aparece na obra de Cláudia Lima Marques (2008), na qual é apontado o novo rumo que o direito privado tem seguido, com marcante influência do direito público. Ainda segundo esta:

Esta elevação à Constituição Federal de matérias originalmente apenas tratadas em leis infraconstitucionais de direito privado, como as relações privadas e de consumo, facilita identificar eficácias das normas constitucionais às relações privadas, isto é, uma influência recíproca entre os direitos público e privado, a partir da CF/88, destacando-se a função social do direito privado, como previa Gierke. (MARQUES, Cláudia Lima, 2008, p.29)

Neste sentido é que se insere a norma do art. 170, V, que limita a livre iniciativa às observâncias dos preceitos consumeiristas. Afasta-se o *pacta sunt servanda*, que cede lugar ao reconhecimento da vulnera-

bilidade do consumidor, fazendo com que incida a tutela do Estado para re-equilibrar a relação entre as partes. Neste sentido, apesar de sua origem civilista, privatista, o direito dos consumidores encontra na Carta Magna a sua real garantia, devendo as normas serem interpretadas conforme a Constituição ou *verfassungskonform Auslegung* para os alemães.

Em resumo, trata-se de um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civil (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito privado guiado pelos valores e pela ordem constitucional.

Não pode ainda ser olvidado o fato de que o CDC em si é uma lei eminentemente principiológica. Este microsistema contém seus preceitos ordenadores próprios que lhe garante grande diferenciação do campo cível, apesar de neste estar incluído e dele ser originário. E dentre os princípios do Código de Defesa do Consumidor, está o da vulnerabilidade, que objetiva re-equilibrar a instável relação entre fornecedores e consumidores, garantindo igualdade de condições entre as partes. Então, em última instância poder-se-ia dizer que tal princípio é reflexo do da isonomia – tratar desigualmente os desiguais em razão de sua desigualdade. Nesse sentido são as palavras de MARQUES (2008):

Para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco de imperium ou da intervenção do

Estado, típica do direito público(...) e da força igualizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material era necessário limitar também a liberdade de alguns (...) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. (MARQUES, Cláudia Lima, 2008, p.32)

É possível de verificar, então, que a tutela jurídica dos direitos dos consumidores, é decorrente de toda uma política pública que vem sendo adotada a nível nacional desde a Assembléia Constituinte que gerou a Lei Maior de 1988. A CF/88, apelidada de 'Constituição cidadã' assim o foi em virtude da natureza garantidora e protetiva de suas normas, que trouxeram à lume direitos suprimidos pelo regime ditatorial que antecedeu seu advento. E destacam-se nesta Carta o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores, e os princípios e mecanismos adotados para resguardar os direitos destes.

CONCLUSÃO

Das breves linhas acima é possível se finalizar que o Código de Defesa do Consumidor não veio a lume apenas para atualizar a legislação até então existente, mas sim para criar uma nova política pública. Esta nova política surgiu juntamente com a criação da Constituição Federal de 1988, e tal qual esta, até o momento busca a sua total efetivação.

O movimento de afirmação dos direitos dos consumidores começou tardiamente, sendo um ramo relativamente novo, tendo-se como base o secular direito civil, o direito público, ou mesmo os direitos trabalhistas. Apenas em meados do século XX a população atentou para seus direitos, e somente após o início da década de 1980 o mundo apercebeu a necessidade de uma regulamentação específica das relações de consumo, que não poderia mais ficar subordinada às regras gerais do direito civil.

O Brasil foi pioneiro na proteção consumeirista, tendo sido o primeiro país a codificar os direitos dos consumidores. A gênese desta lei foi prevista quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, e desta o CDC importou os seus princípios fundamentais.

É possível se perceber que atualmente há um momento peculiar de fusão dos direitos privado e público, ou como alguns preferem chamar, “publicização do direito privado”. Este movimento é no sentido de mitigar os outrora absolutos direitos privados, tais como o direito à propriedade, conquanto agora se fala em “função social da propriedade”. É neste

bojo que aplica-se o disposto na CF/88 em seu art. 170, V, que prevê que a liberdade na ordem econômica encontre barreiras no direito dos consumidores.

Este “direito privado solidário”, cuja expressão é alemã, reconhece ainda a vulnerabilidade dos consumidores, razão pela qual, nesta seara, não vige em absoluto o *pacta sunt servanda*. Tendo como fundamento o princípio constitucional da isonomia, o Estado atua para reequilibrar os pólos da relação consumista. O imperium do Poder Público atua conferindo a sua força para combater o poder dos fornecedores.

Este incipiente direito dos consumidores, esta nova política pública, surge para tutelar uma sociedade marcadamente consumista. Hoje, tudo ou quase tudo tem a ver com o consumo: saúde, habitação, segurança, transportes, alimentação, comércio eletrônico e assim por diante. São mais de 180 milhões de consumidores no Brasil, sem contar as pessoas jurídicas, gerando diariamente outros tantos milhões de relação de consumo.

A Política Nacional de Consumo, inspirada na reconhecida necessidade de tutelar a parte mais fraca-vulnerabilidade, foi traçada pelo CDC, e afinada com os ditames da ordem econômica definida na Constituição. Na Bahia, cumpre ao órgão de proteção ao consumidor – Procon/Ba desempenhar a sua missão de proteger, defender e educar o consumidor baiano.

Apesar dos avanços normativos notáveis, bastante é preciso que seja feito para que efetivamente os consumidores encontrem a devida guarida do Estado. Deve o

Judiciário funcionar a contento, de forma célere e correta. Devem as partes tomar ciência das dinâmicas que envolvem as relações consumeiristas, tendo em vista que, ao menos por enquanto, percebe-se tanto os consumidores desconhecem os seus direitos, quanto os fornecedores os

desrespeitam. Os modernos e justos princípios protetores dos direitos dos consumidores, previstos pela atual política pública, ainda precisam ser internalizados pelas partes participantes das relações de consumo.

Referências:

- BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Rt, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil-Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15-16, 1974.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FRIEDMAN, Thomas L., O mundo é plano – Uma breve história do século XXI, 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- NUNES, Luiz Antônio Rizatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In Hochman, Gilberto et al. (orgs) Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- VARGAS, Carlos Salazar. Lãs políticas públicas: nueva perspectiva de análise. In UNIVERSITAS, n. 83, nov. 1992.

Os Contratos de Consumo e a Relação de Catividade

Germana P. de Almeida

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia em 2001. Especialista lato sensu em Direito pela Universidade Católica de Salvador em 2003. Advogada. Professora universitária no Instituto Baiano de Ensino Superior e Instituto Salvador de Educação e Cultura.

Introdução

A abordagem levada a efeito por essa pesquisa busca mostrar que a teoria da quebra da base do negócio jurídico, assimilada pelo Direito do Consumidor possibilita a revisão contratual dessas avenças, fator essencial para que se preservem os direitos dos contratantes bem assim instrumento suficiente a fazer com que tais contratos cumpra a sua função social e se preserve, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, aviltada pelas imposições dos contratados.

Para tanto se discute em breves linhas o fenômeno da catividade dos contratos de consumo de longa duração, sujeitos as normas consumeiristas cuja incidência é necessária a fim de se evitar os abusos pretendidos pelas seguradoras de plano de saúde diante da hipossuficiência e fragilidade dos consumidores, mormente, os mais idosos e com contratos mais antigos.

O presente artigo surgiu a partir da observância das decisões judiciais, seja nos tribunais estaduais, seja nos Tribunais Superiores, que atentos aos princípios peculiares que regem o Direito do Consumidor, entenderam pela imperiosa necessidade de revisão contratual, sem, contudo, rescindir os contratos de prestação de serviço, especialmente, se tratando de serviços essenciais como educação, saúde e serviços públicos.

Contratos de consumo e contratos pelo Direito Civil.

A aplicação do princípio do *rebus sic stantibus* bem assim a adoção explícita da teoria da quebra da base do negócio jurídico tornou efetivo o direito básico esculpido no art. 6º, inciso V, em contraposição evidente a teoria civilista da imprevisão que não foi suficiente para diminuir a desigualdade existente nas relações consumeirista, fenômeno que determinou a edição desta legislação, eminentemente, protecionista.

O interesse pelo aludido tema advém, em parte, da experiência adquirida na advocacia exercida pela pesquisadora sendo o objeto principal da lide a discussão em torno dos contratos de prestação de serviços assistenciais a saúde bem assim da atividade docente que implicou em aprofundamento do estudo sobre o tema. Os contratos para o direito civil, em regra, se configuram como o ajuste firmado entre pessoas civilmente capazes, na forma livre ou não contrariando a prescrita em lei e firmado por vontade desembaraçada dos contratantes.

O Código Civil pátrio ao disciplinar esse negócio jurídico prevê expressamente que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, consoante reza o artigo 421 do citado diploma legal.

Esse dispositivo tem fundamento constitucional visto que a Carta Magna ao inaugurar o capítulo atinente a Ordem Econômica e Social também aduz a necessidade de atendimento a função social nas relações entabuladas, ainda que por particulares.

Historicamente, os contratos refletem a composição socioeconômica de sua época, constituindo-se o direito das obrigações como parte essencial e sensível do direito, pois suscetível as mudanças ocorridas em dado momento histórico e a mercê da instabilidade econômica típica das sociedades de consumo.

No dizer de Francisco Ricardo Sales Costa: “Foi sempre assim. Ainda nos primórdios da civilização, a partir do momento em que o homem passou a viver em grupo para garantir proteção e subsistência através de uma sociedade muito rudimentar surgiram obrigações, porquanto, haviam direitos, embora nessa fase impregnadas de caráter social, para o com o grupo, sem o conteúdo legal de vincular primeiramente a pessoa e depois o patrimônio do devedor, a demonstrar o sentido coletivo que os direitos revestiram em sua primeira etapa.” (COSTA, 2007).

Sujeitos a inúmeros princípios norteadores de sua execução e cumprimento, é certo dizer que a autonomia da vontade se estabelece como pedra fundamental na

teoria dos contratos, pautada na ideia nascida junto com o Estado liberal, segundo a qual os contratos são frutos de uma vontade consensual, livre e desembaraçada a fim de que tenha a necessária validade pretendida pelos contratantes.

Em caso contrário, havendo um vício de vontade e não tendo as partes a liberdade de contratar haverá uma nulidade que poderá eivar de completa nulidade a avença firmada, já que para que seja valido se faz imperiosa as suas condições reunidas: vontade livre, forma prescrita ou não proibida por lei e objeto lícito e possível.

Em verdade, a autonomia da vontade nas relações contratuais une-se a ideia de liberdade de contratar, andando juntas por todo o tempo e envolvendo a liberdade de assinar o contrato e de determinar o conteúdo do mesmo, merecendo destaque para o fato de que as relações de consumo, dada a velocidade em que se desenvolvem e a quantidade de contratações levaram a construção do contrato por adesão bastante comum na atualidade e necessário, talvez, um mal necessário.

Por Leonardo Medeiros este contrato pode ser definido nos termos in verber:

“Ao contrário do contrato de comum acordo (contrat de gré à gré) em que as partes negociam cláusula a cláusula, contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são aprovadas por autoridade competente (cláusulas gerais para o fornecimento de água, energia elétrica, etc), não podendo o consumidor recusá-las; ou estabelecidas pelo fornecedor de

modo que o consumidor não possa discutilas ou modifica-las substancialmente, cabendo-lhe somente o poder de aderir ou não ao contrato como um todo.” (GARCIA, 2009).

Não resta demasiado, citar que o Código de Defesa do Consumidor, dada a sua eminente natureza protecionista, prevê uma série de práticas consideradas abusivas e regra ainda as cláusulas que dispostas pelo fornecedor nos contratos firmados podem ser consideradas abusivas, e, portanto, nulas de pleno direito.

Portanto, é fácil atinar que, embora inseridos em um sistema de livre iniciativa privada e concorrência, no qual os fornecedores, em geral, tem a sua disposição o mecanismo dos contratos de adesão, este não pode se impor de forma tão absoluta ao ponto de não cumprir devidamente sua função social, sendo certo, ainda que a o aderente, mormente, o consumidor terá seus direitos preservados por todo arcabouço legal a sua disposição.

Dentro dessa perspectiva, temos os diversos contratos de plano de saúde, firmados ao longo tempo, que se tornaram uma necessidade da atualidade no Brasil, considerando, a falência do Serviço Público de Saúde que é prestado precariamente pelo Estado.

Nessas contratações é necessária a observância da boa fé objetiva caracterizada como dever de cuidado, transparência e informação que será apreciado por ambas as partes, especialmente, em vistas dos contratos de

adesão próprios dessas novas relações.

Contratos de longa duração. Catividade. Respeito a dignidade da pessoa humana. Ocorre que os contratantes desses planos após longos anos de contratação são, muitas vezes, surpreendidos com alteração unilateral nos preços cobrados pelos serviços ou mesmo por imposições de limitações não admissíveis na ordem atual o que poderia levar a rescisão contratual ou a revisão do ajuste, para que atenda a função social que é imposição constitucional, consoante dito alhures.

É possível perceber claramente que os contratos de prestação de serviços de assistência a saúde, disciplinados pela Lei 9656/98 e as demais resoluções da ANS, precisariam ser revisados, ao invés de rescindidos ou mantidos incólumes, como era o interesse das seguradoras ou administradoras de planos de saúde, pois a sua rescisão de imediato levaria a malefícios de variadas ordens ao consumidor que permaneceu cativo deste ajuste por longos anos e agora poderá ser prejudicado por causa que não foi de sua responsabilidade e que se caracteriza por abuso de direito evidente.

Os referidos contratos são nitidamente contratos de adesão e sujeitos a incidência do Código de Defesa do Consumidor, além das outras normas indicadas, isso porque são redigidos unilateralmente pelos fornecedores, que, por óbvio, buscavam acima de tudo atender as suas necessidades de obtenção de lucro e manutenção de seu negócio, antes de primar por atender de forma excelente o

contratante.

Para tanto trazem em suas disposições cláusulas que colocam ao consumidor em situação de desvantagem e impõem obrigações insuportáveis, inclusive, no que toca a possibilidade de reajuste por mudança de faixa etária, ainda que o consumidor já tenha atingido a idade limite para esse fim.

Com esse desiderato, as operadoras de planos de saúde e as seguradoras, defendem a sua manutenção nos moldes em que foram ajustados pelo consumidor/usuário sem que haja nenhuma margem de discussão acerca do atendimento a sua função social tão preconizada na Constituição evidenciando um absoluto desrespeito a dignidade da pessoa humana, corolário de todas as relações jurídicas estabelecidas sob a égide da Carta Magna.

Algo com que o Judiciário e doutrina nacional abalizada não concordaram, impondo uma interpretação mais favorável ao consumidor e buscando a citada revisão contratual, com fundamentos diversos que vão desde a relativização do princípio do *pacta sunt servanda* pela adoção do *rebus sic stantibus* até o reconhecimento do fenômeno denominado catividade contratual.

Em verdade, os contatos de longa duração, especialmente, se tratando de serviços de assistência a saúde, são passíveis de revisão segundo o CDC, devendo ser mantidos quando for interesse do consumidor/contratante, de forma que, somente, serão modificados se suas prestações se tornarem excessivamente

onerosas e trouxeram uma insuportável obrigação para o contratante, parte mais frágil.

Na realidade, com o passar dos anos, o consumidor torna-se ainda mais vinculado a avença, seja por que não conseguirá contratar com outros prestadores em condições melhores ou idênticas, seja por que já mantém uma relação de confiança na prestação do serviço e não pretendem se aventurar com novos parceiros.

Infelizmente, a grande maioria dos contratantes desses seguros saúde ou planos de saúde são brasileiros que já atingiram mais de sessenta anos, não querem se submeter ao serviço público de saúde, falido (frise-se) e utilizam mais freqüentemente os serviços contratados porque possuem várias doenças decorrentes da idade.

Nesse caso, a nova contratação traria inúmeros inconvenientes, a começar pelas restrições com a alegação de doenças preexistentes e pela onerosidade dessas novas prestações, muitas vezes, impagáveis.

Tais eventos frustram a possibilidade de novos contratos, impondo, em reconhecimento a essa vulnerabilidade, a manutenção da contratação já estabelecida, por atendimento a função social do contrato e considerando a relação de catividade criada com esse ajuste. Enfim, respeito a dignidade da pessoa humana e idosa.

Ficamos com o entendimento de Claudia Lima Marques:

“Essa posição de dependência ou, como aqui estamos denominamos de “catividade”, só pode ser entendida no

exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, “segurança”, “crédito renovado”, “escola ou formação universitária qualificada”, “moradia assegurada” ou mesmo “saúde” no futuro.” (MARQUES, 2004).

Tais contratos se caracterizam pela longa duração, pela prestação de serviços de prestação continuada, complexos, muitas vezes prestados por terceiros, que são fornecedores indiretos, baseando-se na confiança mutua, pois o consumidor aguarda que os benefícios previstos no contrato sejam garantidos e o contratado que esta avença se renove automaticamente e por tempo prolongado.

Fato é que a teoria da quebra da base se configura a forma mais eficiente de tornar efetivos os direitos previstos nos artigos 6º e 51 do CDC, instituídos para que os contratos de consumo possam ser firmados em massa, porém, se garantindo respeito à dignidade humana e diminuído, sensivelmente, a desigualdade nas relações contratuais consumeristas, razão de ser do próprio Código.

Se para o direito civil a atividade mercantil não comporta discussões dessa natureza, pois, os empresários estão inseridos em sistema de livre iniciativa e concorrência, para o direito do consumidor essa questão é importante e necessária, merecendo, inclusive, uma defesa coletiva, que será impulsionada pelos legitimados conforme rol previsto no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, e efetivamente, foram diversos casos, que

resultaram em festejadas decisões judiciais tanto dos Tribunais estaduais como do Superior Tribunal de Justiça.

Em verdade, é possível dizer que a discussão acerca da nova concepção contratual surge a partir do viés constitucional que garante a tutela consumeirista o status de direito fundamental, portanto, marcadamente, direitos humanos, reconhecendo o sujeito – consumidor - como vulnerável, merecendo, assim, uma proteção especial. O contrato de consumo difere, por essência, dos contratos em geral onde o sinalagma é observado de forma mais evidente, havendo entre os envolvidos uma verdadeira autonomia da vontade, que determina a execução do mesmo nos moldes em que foi celebrado ou havendo inadimplemento, por uma delas, implicaria em rescisão, tudo conforme o estabelecido na contratação, pois é ampla a negociação e a afirmação das cláusulas que inteiram o contrato é livre e firmada segundo a vontade ali expressada.

No entanto, o mesmo não ocorre com a grande maioria dos contratos de consumo, nos quais, em regra, há adesão às cláusulas previamente estabelecidas por uma das partes ou impostas pelas autoridades competentes, assim conceituados na lacônica disposição do artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor.

Neste novo modelo contratual há uma revalorização dos termos apostos nos contratos e do risco profissional assumido pelo fornecedor no mercado de consumo, limitado pela intervenção estatal nos diversos setores da administração pública,

incluindo, a edição, por si só, do Código de Defesa do Consumidor, que contém um amparo legal e visa esta regulação ao qualificar as práticas comerciais em abusivas, considerando a pré venda e o pós venda, consoante o rol disposto no art. 39 daquele diploma, inclusive, meramente exemplificativo.

O fundamento da lei 8.078/90 é a dignidade humana sendo previsto no art. 48 dos Atos de Disposição Constitucionais Transitórias e inserto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, portanto, direito fundamental constituindo o primeiro passo para se reconhecer a vulnerabilidade do sujeito-consumidor e conseguinte admissão de uma proteção especial e a necessária possibilidade de revisão contratual.

Outro aspecto que não se pode descuidar é que os contratos de assistência a saúde são parte da realidade atual, haja vista o fracasso da prestação desse serviço pelos órgãos públicos a despeito do imperativo constitucional, o que faz com que a sua defesa pelos legitimados também se configure em defesa de Direitos Humanos violados pelas práticas vis dos contratados.

CONCLUSÃO

A sua revisão e mesmo a manutenção quando se mostrar mais favorável ao consumidor, considerando a catividade evidente dessa relação, aliada ao pleno exercício da função social a que se destinam, é reconhecimento e valorização da dignidade da pessoa humana, enfrentamento necessário nos dias atuais. Essa percepção pode garantir um exercício pleno de cidadania pelos idosos, contratantes de seguros saúde ou planos assistenciais a saúde, que nesta hora mais vulnerável de suas vidas, tornam-se verdadeiros reféns das grandes seguradoras e empresas administradoras de planos de saúde.

Diante desses fundamentos, a nova concepção contratual fundada, a partir dessa mudança de perspectiva das relações contratuais e dos fenômenos sociais que as permeiam, impõe essa admissão da revisão contratual, mantendo a contratação estabelecida há tempos, para fins de conceder garantias mínimas de uma sobrevida digna e coibição de toda sorte de abuso perpetrada em nome da manutenção de um contrato que visivelmente põe em situação de desvantagem a parte mais vulnerável: o consumidor idoso.

Referências:

- PELEGRINI, Ada Grinover e outros. Código De Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- BENJAMIM, Antônio Hernam Vasconcelos. Manual de Direito do Consumidor. 2 ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência. 5 ed Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.
- CASADO, Márcio Mello. Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. Editora Atlas, 2008.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, 5 ed. São Paulo, Editora. Atlas, 2003.
- COSTA, Francisco Ricardo Sales, Rio de Janeiro, Editora Forense.

Parâmetros para um Adequado Ativismo Judicial em Prol da Efetivação das Normas Constitucionais.

Lucas M. da Resurreição

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Engenheiro formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Curso de Direito do Instituto Baiano de Ensino Superior e da Faculdade Salvador. Advogado.

Introdução

A promulgação da Constituição Federal de 1988 consolidou a importância da concretização dos direitos fundamentais para o pleno exercício da democracia no Estado Constitucional de Direito brasileiro.

Ocorre que determinados direitos, em especial os de natureza social, exigem uma prestação do Estado, geralmente por meio de políticas públicas, a fim de obterem efetivação. Não obstante, é comum haver omissão por parte dos órgãos políticos, momento em que se torna fundamental a atuação do Poder Judiciário a fim de garantir a realização dos valores constitucionais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por foco analisar os parâmetros que pautam esse ativismo judicial, com o intento de vislumbrar bases de sustentação que possam legitimar a atuação jurisdicional em casos tais.

Para tanto serão, inicialmente, abordados alguns aspectos conceituais a respeito do ativismo judicial e, posteriormente, se buscará estudar questões atinentes ao embasamento da atuação do Judiciário na materialização dos direitos sociais, momento em que se destacarão o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, a necessidade de serem tomadas decisões judiciais democráticas e racionais, a aplicação de preceitos da democracia deliberativa habermasiana em processos judiciais e, por fim, considerações acerca da teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle com posterior exposição de notas conclusivas.

O ATIVISMO JUDICIAL

A expressão ativismo judicial foi, pela primeira vez, empregada pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. no artigo *"The Supreme Court: 1947"*, publicado na revista norte-americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o público leigo. A intenção do autor era traçar um perfil dos nove juízes da Suprema Corte americana, razão pela foram estes classificados como ativistas judiciais, campeões da autolimitação e integrantes do grupo de centro (VALLE, 2009, p. 19-20). Nesse sentido, Vladimir Santos Vitovsky (2010, p. 91-92) afirma que as origens do ativismo judicial pode ser encontrada na jurisprudência norte-americana detendo, num primeiro momento, uma natureza conservadora, o que pode ser percebido na decisão favorável à segregação racial (*Dred Scott X Sanford*, 1857) e naquelas que optaram pela invalidação de leis sociais em geral (era *Lochner*, 1905-1937)

e, num segundo momento, com a presidência da suprema corte pelo juiz Warren (1953-1969) até os primeiros anos da corte Burger (1973) uma natureza progressista, como nos casos em que foi decidido ser ilegítima a segregação racial (*Brown X Board of Education*, 1954), foi atribuído o direito a não auto incriminação dos acusados em processo criminal (*Miranda X Arizona*, 1966), houve o reconhecimento de direitos de igualdade às mulheres (*Richardson X Frontiam*, 1973) assim como nas decisões referentes ao direito de privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e à interrupção da gravidez (*Rose X Waria*, 1973). É por esse motivo que alguns constitucionalistas norte-americanos afirmam que o ativismo judicial pode estar presente tanto em cortes liberais quanto em cortes conservadoras¹, traçando assim, o que seriam as características gerais e significações principais da expressão². Ocorre que o ativismo judicial é freqüentemente utilizado num tom pejorativo, depreciativo, de crítica³ e desaprovação, visto que supostamente propiciaria um comportamento judicial invasivo nos outros Poderes estatais, em que os juízes tentariam impor seus próprios valores de forma abusiva (CAMPOS, 2011, p. 547). Logo, o conceito de ativismo é muito vezes atrelado a uma ideia negativa, de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário (LEAL, 2001, p. 24; 123; 124). Nesse sentido, no Brasil, Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) entende que o ativismo judicial é nada mais do que um exercício da função jurisdicional do Estado

para além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, apresentando-se como uma insidiosa descaracterização das atividades do Poder Judiciário, na medida em que possibilita indevidamente a este Poder atuar nas searas legislativa, administrativa e de governo.

De fato, conforme observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a noção de ativismo “está ligada ao exercício expansivo e vigoroso da autoridade pelo Poder Judiciário frente aos demais autores institucionais, seja impondo-lhes obrigações, seja atuando em espaços tradicionalmente ocupados pelos órgãos políticos” (2011, p. 542). Assim, nesse contexto, ao intervir, por exemplo, em políticas públicas, quando da omissão inconstitucional dos poderes diretamente competentes para efetivá-las, o magistrado acaba promovendo reais e efetivas mudanças sociais (VITOVSKY, 2010, p. 91-92). O ativismo judicial tem, dessa forma, como característica essencial, o afastamento da postura clássica de neutralidade tradicionalmente adotada ou cobrada do Poder Judiciário (VARELA, 2010, p. 27-66).

Entretanto, ressalte-se, o ativismo judicial não é necessariamente ilegítimo (CAMPOS, 2011, p. 551). Afinal, a maior possibilidade de interferência do Poder Judiciário no espaço reservado aos outros Poderes é consequência, inclusive, das novas propostas neoconstitucionalistas, vez que permite uma maior e mais efetiva concretização dos valores e fins constitucionais (ANJOS, 2010, p. 147). Dessa forma, ainda que, inicialmente, afirme-se que o ativismo, ao implicar na criação de normas jurídicas, configura

atividade vedada à magistratura, após cuidadosa reflexão, percebe-se que, atuando de forma indispensável para tornar efetivos direitos fundamentais violados pela omissão indevida dos demais órgãos públicos, o Poder Judiciário estará tão somente cumprindo mandamentos constitucionais (COELHO, 2011, p. 477).

Afinal, a Constituição Federal não dispõe a respeito de um mero conjunto de promessas (LEAL, 2010, p. 123-124) devendo, por conseguinte, haver uma concretização dos direitos preceituados em seu bojo. Nesse diapasão, é vedado ao Estado descumprir com seus deveres constitucionais dentre os quais destacam-se as prestações referentes à efetivação dos direitos sociais, a fim de que seja promovido o bem-estar do cidadão e haja um desenvolvimento social da comunidade⁴. Isso acaba por tornar anacrônica a absoluta independência entre as funções estatais, já que se exige uma maior colaboração entre os órgãos que as exercem, com controle recíproco e responsabilidade compartilhada de todos no intento comum de realizar a Constituição, dada a normatividade de seu texto. Logo, o ativismo judicial não pode ser tomado como uma simples e indesejada invasão jurisdicional, mas sim de necessário cumprimento de incumbência constitucional, em que o magistrado atua em respeito aos valores constitucionais e não a uma mera ideologia pessoal (VARELA, 2010, p. 27-66). O Poder Judiciário deverá agir, então, caso devidamente provocado para tanto, nos casos em que o processo de representação política não esteja funcionando devidamente (APPIO, 2008, p. 282).

Alguns doutrinadores⁵ promovem, ainda, uma diferenciação entre o ativismo judicial e judicialização da política. Enquanto o primeiro, conforme já visto, diz respeito a atuação proativa do Judiciário em face da inércia dos demais Poderes⁶, a judicialização da política se deve a uma ampliação do raio de ação do Poder Judiciário (CITTADINO, 2001, p. 138), sendo mera circunstância que advém do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política (BARROSO).

Tendo em vista todas as considerações esposadas, pode-se afirmar que, em caso de inércia inconstitucional de determinados entes estatais, o adequado ativismo judicial é essencial para a materialização expressiva dos direitos fundamentais de natureza social e, por conseqüência, para a consolidação dos valores democráticos (KRELL, 2002, p. 75). Eventuais excessos advindos desta possível virtude da atuação judicial devem ser prontamente coibidos (MEDEIROS, 2011, p. 533), já que a atuação mais ativa e verdadeiramente indispensável para a consecução dos direitos constitucionais não pode conduzir a situações abusivas, sendo vedado ao magistrado utilizar-se de métodos políticos ou convicções pessoais (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 413; 424).

Um devido ativismo judicial pode se dar com a participação popular no processo decisório, através do qual o cidadão poderá efetivamente contribuir com a construção da justiça, sendo, por essa razão, imprescindível que haja atuação de outros atores do Estado, em especial a Defensoria Pública e o Ministério Público, e

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

a sociedade civil (KRELL, 2002, p. 75).

É plenamente equivocado o dogma que pugna pela proibição do Poder Judiciário em enfrentar questões políticas, sendo repudiável a compreensão totalmente desvirtuada que tem sido divulgada a respeito do ativismo judicial (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 421); afinal, este pode encontrar adequada legitimidade nos próprios preceitos constitucionais⁷ e através da oportunização efetiva de participação popular em sede jurisdicional.

Por essa razão se faz necessário, nesse momento, aprofundar a análise dos parâmetros para a atuação do Poder Judiciário em prol da efetivação das normas constitucionais, a começar pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade nas decisões judiciais.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/ RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade/proporcionalidade é instrumento imprescindível para proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, haja vista permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por servir como “a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema” (BARROSO, 2006, p. 372-373).

O termo “proporcionalidade” é de criação e desenvolvimento do direito alemão, que utilizam, ainda, a designação “proibição de excesso”, enquanto que a expressão “razoabilidade” é fruto do direito norte-americano (BARROS, 2000, p. 72). A ideia

de razoabilidade surgiu como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo⁸, associado ao sistema do common law, por meio de precedentes sucessivos, não havendo preocupação maior com uma sistematização teórica. Ao contrário, a noção de proporcionalidade⁹ foi desenvolvida dentro do sistema romano-germânico de forma mais analítica e ordenada. Ainda, enquanto que nos Estados Unidos da América, a razoabilidade foi um instrumento essencialmente do Direito Constitucional, servindo como critério de aferição da compatibilidade de determinadas leis em face da Constituição, na Alemanha o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como um mecanismo de controle dos atos emanados do Poder Executivo (BARROSO, 2006, p. 372-373).

Por essa razão, alguns doutrinadores não admitem a fungibilidade entre os conceitos, considerando proporcionalidade e razoabilidade figuras jurídicas diversas e indissociáveis¹⁰. Entretanto, conquanto, conforme visto, origem e desenvolvimento diversos, um e outro trazem em si os mesmos valores subjacentes, quais sejam, “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição a atos arbitrários e caprichos” (BARROSO, 2006, p. 372-373). E por isso que Luís Roberto Barroso defende que proporcionalidade e razoabilidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis (2006, p. 372-373). No mesmo sentido, deixando assente a possibilidade de utilização das duas expressões, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (BARROS, 2000, p. 74).

Afirma Suzana de Toledo Barros (2000, p. 75; 212; 213) que o princípio da proporcionalidade, sob o viés doutrinário-jurisprudencial alemão¹¹, é formado por três subprincípios¹²; a adequação, referente à congruência entre o meio e o fim, traduzindo, assim, “a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos” (BARROS, 2000, p. 75; 212; 213); a necessidade, aferição do meio mais idôneo dentre os possíveis, logo, “o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa” (GUERRA FILHO, 2001, p. 70-71); e, a proporcionalidade em sentido estrito, verificação se o meio utilizado se encontra em razoável proporção com o fim perseguido, dessa forma, “pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus” (GUERRA FILHO, 2001, p. 70-71).

Conforme dispõe Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 63-64; 84), a essência e destinação do princípio da proporcionalidade é proteger os direitos fundamentais e preservar os valores referentes ao Estado Democrático de Direito¹³. Por evidente, o Poder Judiciário, ao fazer uso do princípio, não poderá ultrapassar os limites trazidos pelo ordenamento jurídico constitucional, não se admitindo o voluntarismo. Contudo, atendo a isso, a proporcionalidade/razoabilidade pode oferecer uma alternativa para uma legítima atuação

construtiva do magistrado visando a produção do resultado que mais se coadune com a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2006, p. 245). De fato, a atuação jurisdicional no controle das políticas públicas, por exemplo, pode buscar a devida legitimidade no princípio da proporcionalidade/razoabilidade, já que haverá uma ampla discussão no espaço público, em que, garantida a liberdade e participação dos cidadãos, estes deverão ser convencidos da adequação dos meios a serem empregados para atingir os fins constitucionais (GUERRA FILHO, 2001, p. 87).

Logo, especialmente para a preservação do mínimo existencial na seara social, em que a omissão inconstitucional do Poder Público causa indesejáveis impactos negativos trágicos, o Judiciário deve observar aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para validar sua atuação em prol do respeito aos direitos básicos do ser humano, evitando que a tutela estatal fique aquém de um patamar minimamente aceitável para a realização e garantia do direito fundamental prestacional social (SARLET, 2011, p. 357-358).

Ademais, em se tratando de debate acerca da aplicação da proporcionalidade/razoabilidade em questões que envolvam direitos fundamentais sociais, a atuação do magistrado nessa área deve se pautar por meio de uma sólida e democrática argumentação racional em processo que oportunize a participação de todos os interessados, fato que torna válida constitucionalmente a decisão tomada.

Daí ser conveniente, nesse momento,

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

tecer algumas breves considerações a respeito da argumentação das decisões judiciais.

A ARGUMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA E RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

A legitimidade das decisões judiciais está, sobretudo, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões, além se encontrar, por óbvio, em correspondência com o ordenamento jurídico-constitucional (GRINOVER; WATANABE, 2011, p. 52).

Nesse sentido, estabelecendo parâmetros¹⁴ para uma adequada, consistente e válida fundamentação racional, Luís Roberto Barroso afirma, em primeiro lugar, que a “argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam), que a apóiem e lhe dêem sustentação” (2006, p. 363), isto é, não se faz suficiente um mero senso de justiça pessoal, sendo necessário haver a exposição do raciocínio jurídico e da análise dos elementos do ordenamento jurídico que apóiem a decisão (BARROSO, 2006, p. 363); em segundo, deve existir a “possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por imperativo da isonomia, critérios empregados para a solução de determinado caso concreto, podem ser transformados em regra geral para situações semelhantes” (BARROSO, 2006, p. 363); e, por fim, devem ser considerados dois conjuntos de princípios, “o primeiro composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional e o segundo por princípios materiais propriamente ditos que trazem em si a carga ideológica,

axiológica e finalística da ordem constitucional” (BARROSO, 2006, p. 363). Dessa maneira, o autor propugna por uma argumentação jurídica lógica e racional com a demonstração adequada do raciocínio desenvolvido que pretenda conquistar a adesão de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas e possibilite estabelecer a vital legitimidade da decisão proferida (BARROSO, 2006, p. 363).

Nagibe de Melo Jorge Neto, por sua vez, entende que para ser legítima, uma decisão judicial precisa respeitar a soberania popular e a racionalidade e previsibilidade das decisões, motivo pelo qual a decisão judicial deve estar fundada em “argumentos conhecidos e entendidos por toda a comunidade de jurisdicionados” (2009, p. 111); além do que é necessário que “esses argumentos possam ser refutados em um processo dialético” (JORGE NETO, 2009, p. 111); e, finalmente que “possa o melhor argumento ser escolhido, conhecido e respeitado por toda a sociedade” (JORGE NETO, 2009, p. 111). Para esse autor, a decisão judicial, instrumento para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, se legitima com a abertura para a iniciativa, movimentação e organização dos próprios cidadãos¹⁵, do que se conclui ser fulcral a atuação de instituições representativas, como da Defensoria Pública e do Ministério Público, possibilitando a efetivação da dialética em sede jurisdicional.

Para Robert Alexy (2001, p. 210), as argumentações jurídicas racionais fundamentam e legitimam as decisões judiciais, sendo limitadas pelo sistema de

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

normas. Desta feita, o autor desenvolve uma proposta de racionalidade procedimental-discursiva¹⁶ para o direito, o que tornou possível “vislumbrar como verdadeiro direito fundamental, cuja realização oportuniza a dinamização de um espaço comunicativo necessário para o exercício de outros direitos fundamentais” (SOARES, 2007, p. 73). Assim, a fórmula procedimental surge como “uma alternativa democrática e racional para dar conta dos problemas cada vez mais complexos que as sociedades atuais apresentam, já que implica a solução dos problemas pelo envolvimento dos interessados num debate dialético” (SOARES, 2007, p. 73).

Em continuidade de raciocínio, Ricardo Maurício Freire Soares (2007, p. 73-74) entende que a procedimentalização de Robert Alexy se mostra apta a enfrentar o primordial desafio do Estado Democrático de Direito, qual seja, atender às exigências sociais. Afinal, é assegurada a participação coletiva e a liberdade dos cidadãos num espaço público para discussão, “pelo qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade” (SOARES, 2007, p. 73-74). Nesse sentido, os procedimentos jurídicos “adquirem uma narratividade emancipatória em plena consonância com os movimentos sociais, culturais, e econômicos de reivindicação dos direitos fundamentais” (SOARES, 2007, p. 73-74). Dentro de tal contexto, é que se destaca a atuação do Poder Judiciário “na tomada de decisões sobre interesses coletivos e conflitos interindividuais, muitas vezes não

regulamentados de forma suficiente” (SOARES, 2007, p. 73-74). Para tanto, “é imperioso aperfeiçoar a cidadania ativa” (SOARES, 2007, p. 73-74). Em face disso, o referido autor destaca que, “para Robert Alexy, a observância dos procedimentos combinada com a otimização valorativa dos princípios jurídicos, afigura-se como o caminho mais seguro para a fundamentação correta das posições jurídicas” (SOARES, 2007, p. 73-74).

Assim, é possível afirmar que a atuação do Poder Judiciário encontra limitações¹⁷, especialmente nos casos que envolvam uma forte carga criativa do magistrado, nos quais o dever de motivação é, inclusive, potencializado (BARROSO), já que o processo argumentativo jurídico, ao articular discursivamente sobre valores, deve convencer a comunidade que uma determinada interpretação jurídica irá prevalecer (SOARES, 2007, p. 34).

Nesse sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que a decisão judicial racional possibilita, de um lado, “o controle da legitimidade das decisões judiciais” (2009, p. 135); e de outro “em razão desse controle, legitima o Poder Judiciário a atuar, acionado pelas forças nacionais, no controle das políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais sociais” (JORGE NETO, 2009, p. 135).

Logo, mesmo nos temas de natureza política, é imperioso se reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional quando seja imprescindível para a efetivação de direitos de natureza prestacional, no entanto, é fundamental, para que haja legitimidade do decisório, oportunizar uma democrática participação

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

no processo judicial, fazendo-se, então, necessário se considerar como aplicável, em casos tais, a democracia deliberativa habermasiana, conforme a seguir disposto.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS NO PROCESSO JUDICIAL

O adimplemento dos direitos constitucionais com a conseqüente inclusão social somente é possível caso seja possibilitado a todos um real acesso ao debate, razão pela qual Habermas afirma que a democracia se baseia em um consenso travado entre os atores sociais (HABERMAS, 1997a, p. 171).

Na medida em que o cidadão participativo (COSTA, 2007, p. 107-118) detém a possibilidade tomar parte na interpretação da Constituição, é possível que “a vontade e a opinião dos cidadãos formadas no âmbito da esfera pública, ainda que informais, interajam e influenciem as decisões e deliberações tomadas no Poder Judiciário” (CITTADINO, 2000, p. 210).

Logo, são os cidadãos, participantes da construção do direito, os autores que compõem o ordenamento jurídico; assim, ao se negar efetividade a um direito social, nega-se voz à realização da vontade popular que o gerou, legitimando o Poder Judiciário a se guiar conforme a vontade constitucional consensualmente pactuada (ARANHA, 2007, p. 161-182).

É nessa linha que Habermas expõe a teoria de uma democracia que, assentada na deliberação, possibilita a discussão sobre diversos temas, a inclusão da minoria nos processos decisórios e o aperfeiçoamento

da participação popular na concretização do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997b, p. 30).

Pautado nessa ideia, Habermas, referindo-se ao processo legislativo, afirma que “o direito deve garantir as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar à luz do princípio do discurso se o direito que estão criando é legítimo” (HABERMAS, 1997b, p. 30). Logo, nesse sentido, é que o autor defende a participação dos cidadãos no processo de formação da opinião e da vontade do legislador (HABERMAS, 1997b, p. 30). No entanto, conforme percebe Nagibe de Melo Jorge Neto, o entendimento firmado por Habermas pode ser também aplicado no âmbito do controle das políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário¹⁸. Afinal, nessa seara, também poderá haver criação do direito, visto que omissões inconstitucionais devem ser supridas por um ativismo judicial que, nesses casos, será adequado caso propicie uma efetiva participação dos cidadãos no processo decisório.

Dessa maneira, a atuação judicial numa seara eminentemente política não se legitima via voluntarismo arbitrário ou num argumento de autoridade, mas sim por meio de um discurso racional, democrático e embasado na Constituição, onde atuam “os poderes públicos e os representantes da sociedade e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais” (JORGE NETO, 2009, p. 166). Logo, o Judiciário deve construir soluções em conjunto com as partes, funcionando o processo judicial como uma arena que

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

oportuniza a participação e contribuição direta do próprio cidadão e da sociedade, momento em que serão ouvidos e terão seus argumentos analisados (JORGE NETO, 2009, p. 136), influenciando, assim, a decisão final (CAMILHER). Ocorre que somente haverá uma efetiva contribuição caso todos estejam num patamar de igualdade.

É por isso que alguns autores defendem não ser possível a aplicação da teoria de Habermas em países assolados pela pobreza, em que praticamente inexistente uma participação popular e/ou autonomia dos indivíduos¹⁹.

Contudo, pode-se afirmar que a contribuição de Habermas é universal (CRUZ, 2006, p. 1-21), visto que o maior envolvimento do cidadão na esfera pública, dotando-o de condições básicas para efetuar-lo satisfatoriamente, é o mais eficiente remédio para os desvios de uma democracia ainda incipiente e frágil (SARMENTO, 2010, p. 399). De fato, são pressupostos da teoria habermasiana a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos. Ora, para que tais premissas sejam adimplidas, exigem-se prestações materiais na seara social, como educação, saúde e alimentação (BARCELLOS, 2007) de modo a permitir que cada um detenha acesso à informação, formando livremente as suas opiniões para participar dos diálogos políticos travados na esfera pública (SARMENTO, 2010, p. 397). Nesse cenário, para que haja a materialização dos preceitos constitucionais, se faz fundamental a afirmação dos direitos de natureza social no âmbito judicial, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro, o que

possibilitará o efetivo exercício da cidadania (SARMENTO, 2010, p. 402).

Logo, é fundamental que seja propiciada uma verdadeira inclusão social através, por exemplo, do acesso à informação e educação, conforme pode ser extraído de obra de Castro Alves: “Oh! Bendito o que semeia Livros... livros à mão cheia... E manda o povo pensar! O livro caindo n'alma É germe — que faz a palma, É chuva — que faz o mar, (...)” (CASTRO ALVES, 1960).

Ora, conforme exposto, baseando-se numa teoria de democracia deliberativa proposta por Habermas (1997b), uma atividade decisória se legitima com a efetiva participação do cidadão, o que somente ocorrerá caso este esteja apto a influir nos processos decisórios, isto é, caso se encontre incluído no seio social. Ao contrário, alheio às informações e sem ter acesso aos mais básicos direitos sociais, o cidadão estará alijado do processo decisório que, por sua vez, não encontrará fundamento de legitimidade, haja vista a ausência de diálogo dos atores sociais (CAMILHER).

Assim, as premissas de democracia deliberativa habermasiana podem ser consideradas adequadas para o processo de decisão judicial, propiciando uma efetiva participação e diálogo ético dos cidadãos e da própria sociedade na busca pelo consenso legitimam a atuação judicial até mesmo na seara política.

De mais a mais, o ativismo judicial também encontra base legítima na tese referente a uma sociedade aberta dos intérpretes construída por Peter Häberle, conforme adiante analisado.

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DE PETER HÄRBELE

Conforme visto, uma atuação do Judiciário em tema relacionado a política pública e efetivação de direitos sociais pode ser legitimada caso sejam oportunizadas iguais condições para a efetiva participação de todos da sociedade civil.

E é, também, priorizando a ampliação do espaço público de debate que Peter Häberle propugna pela participação de novos agentes (comunidade dos intérpretes), dedicados a efetuar uma “interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade com vistas a sua realização” (CITTADINO, 2000). Nessa linha, pode-se afirmar que a atuação dos intérpretes permite que seja dada concreção aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, em especial aos de natureza social, por meio de uma idônea atuação jurisdicional (CITTADINO, 2000).

Häberle defende, então, uma abertura na interpretação constitucional²⁰, propondo a substituição da sociedade fechada para um modelo mais adequado a uma sociedade aberta e pluralista, em que a atividade interpretativa não seria exclusividade estatal, mas também responsabilidade de todos aqueles que vivem a Constituição (HÄRBELE, 1997).

Logo, a interpretação dos juizes não é a única, havendo um círculo aberto de intérpretes (HÄRBELE, 1997, p. 20-23) cuja contribuição interpretativa legítima um ativismo judicial voltado à materialização dos direitos fundamentais sociais e possibilita uma conformação da realidade com a Constituição.

E nem se deve argumentar que a indepen-

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

dência no magistrado estaria posta em risco, na medida em que passa a se admitir a participação de outros intérpretes no processo decisório. Isso porque a influência exercida pelos diversos segmentos da sociedade reforça a legitimação da atuação dos juízes, especialmente em situações em que houver atuação numa seara essencialmente política, evitando, ainda, o voluntarismo arbitrário judicial (HÄRBELE, 1997, p. 30-33).

A ampliação dos intérpretes da Constituição é extremamente importante para a consolidação dos ideais democráticos (MENDES, 1999, p. 347), na medida em que possibilita aos marginalizados uma oportunidade de participar do processo de construção interpretativo de matérias, inclusive, relacionadas a uma inclusão social. Assim, a atuação dos destinatários dos direitos fundamentais na esfera pública de debate interpretativo e a conseqüente legitimação da atividade jurisdicional são grandes contribuições que podem ser extraídas da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Härbele²³.

De fato, essa teoria, ao pugnar por uma ampliação interpretativa a diversos representantes do povo, encontra total amparo no movimento concretizador dos valores constitucionais e nos balizamentos democráticos da Constituição (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 417-421).

Ocorre que os potenciais intérpretes da Constituição somente poderão contribuir efetivamente com seu desiderato caso sejam dotados de condições básicas para tanto, seja no aspecto de inclusão social e informação dos excluídos ou no que toca ao efetivo acesso destes ao Judiciário.

Nesse sentido, pode-se afirmar que uma maior participação da sociedade pluralista no âmbito do processo decisório contribui para legitimar as decisões judiciais quando imbuídas do espírito de concretizar os direitos fundamentais sociais favorecendo, portanto, o atingimento dos ideais democráticos de um Estado Constitucional.

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que o ativismo judicial não pode ser tomado como tendo um sentido meramente pejorativo, isto é, de atuação indesejada numa seara a qual não caberia ao Judiciário intervir.

Isso porque a omissão inconstitucional dos órgãos políticos deve ser necessariamente coibida a fim de que seja garantida a realização dos valores constitucionais, especialmente no caso de concretização dos direitos fundamentais de natureza social.

Assim, em situações tais, o ativismo judicial será justificado, momento no qual deverá ser ressaltada a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade /razoabilidade para a proteção dos direitos fundamentais, não olvidando, ainda, da necessidade de que a decisão

judicial seja tomada de forma racional e democrática, a fim de que se possibilite um controle de sua legitimidade.

Ainda, num processo judicial, de enorme relevância se faz a aplicação das premissas da democracia deliberativa de Jürgen Habermas as quais propiciam um diálogo ético dos cidadãos na busca pelo consenso para uma atuação judicial legítima e da teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle na medida em que esta proporciona uma efetiva participação da sociedade no procedimento decisório legitimando-o, dessa forma.

Dessa maneira, a atuação judicial na preservação e efetivação de valores constitucionais possibilita o adequado adimplemento do mínimo necessário para uma vivência humana digna.

Referências:

- ALEX, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.
- ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no supremo tribunal federal e o ativismo judicial processual. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). Ativismo judicial. Curitiba: Juruá, 2010.
- APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ARANHA, Flora Augusta Varela. Democracia e a máxima efetivação dos direitos fundamentais: (re)pensando conceitos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 15, p. 161-182, jul/dez, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. Leituras complementares de direito constitucional: Direitos fundamentais. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2007.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 30/01/2012.
- _____. Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLE, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CAMILHER, Tatiana de Carvalho. O papel da Defensoria Pública para a inclusão social rumo à concretização do Estado Democrático de Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do supremo tribunal federal. In: FELLE, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.

Referências:

- CASTRO ALVES, Antônio Frederico de. Castro Alves – Obra completa. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960.
- CITTADINO, Gisele. Ativismo Judicial e Democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, n. 2, ano II, p. 138, 2001.
- _____. Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.
- COSTA, Marli M. M. da. A efetivação dos direitos fundamentais dos excluídos sociais como pressuposto da cidadania. Itajaí: UNIVALI. Novos estudos jurídicos, v. 12, n. 1, p. 107-118, jan/jun, 2007.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: ZANETTI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso pronunciado na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12/05/2012.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.
- _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.
- INSALI, Victor. Os direitos humanos e a democracia em Habermas. In: CERQUEIRA, Nelson; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. (coordenadores). Metodologia da pesquisa em direito. 2 v. Salvador: [s. n.], 2010.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais. Salvador: Juspodivm, 2009.
- KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poder e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. Editora Saraiva. 3 ed. São Paulo: 1999.
- PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.
- POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. Tradução de Milton Amado. 3. ed. 2v. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.
- PRADO, Daniel Nicory. A interpretação dos direitos fundamentais por seus destinatários específicos. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 20/03/2012.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4 ed. ampl. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. Novos estudos jurídicos, v. 8, n. 2, p. 257-301. Maio/ago., 2003.
- VÁLDEZ, Diego (organizador). Conversas Acadêmicas com Peter Häberle. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lirio do. (org.). Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá: 2009.
- VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, n. 21, ano 2010.2, p. 27-66, 2010.
- VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (coordenadores). Ativismo judicial. Curitiba: Juruá, 2010.

Parâmetros para um adequado ativismo judicial em prol da efetivação das normas constitucionais

Notas:

1. William P. Marshall afirma que o ativismo também pode estar presente em cortes conservadoras. (MARSHAL apud VALLE, 2009, p. 20).
2. A fim de sistematizar a matéria, Keenan Kmiec identificou cinco significações principais da expressão ativismo judicial, quais sejam, invalidação pelo judiciário de atos de outras esferas do governo tidos como inconstitucionais; quebra de um precedente; legislação judicial; julgamento feito com objetivos definidos; interpretações que tenham como ponto de partida metodologias aceitas; e, por fim, julgamentos orientados pelo resultado. (KMEIC apud OLIVEIRA, 2010, p. 192).
3. Com esse tom crítico, Kermit Roosevelt III afirma que “O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão”. (ROOSEVELT III apud VALLE, 2009, p. 20). Randy Barnett também é signatário desse entendimento. (BARNETT apud BRANCO, 2011, p. 390).
4. A esse respeito, destaque-se o histórico discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães: “Essa será a Constituição cidadã, porque recuperar como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social. Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semente!” (GUIMARÃES, 1988).
5. Como exemplo, cite-se Carlos Alexandre de Azevedo Campos, para quem a judicialização ganha espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual se abastece e renova. Assim, para este autor, enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para estas questões políticas e sociais dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou tribunal em aceitar esta demanda e reconhecer sua própria legitimidade e capacidade para ditar as soluções. (CAMPOS, 2011, p. 543-544). Daniel Giotti de Paula, por sua vez, afirma que parece existir um “consenso no sentido de que o ativismo judicial é uma prática dos tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos outros poderes constituídos, enquanto a judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao Judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão”. (PAULA, 2011, p. 394).
6. Luís Roberto Barroso afirma que “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO).
7. Corroborando com essa ideia, dispõe Paulo Gustavo Gonet Branco: “se é ativismo que o judiciário interfiere em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões suprime omissões dos poderes políticos que defendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia participativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a constituição. O tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado Democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ‘ativistas’”. (BRANCO, 2011, p. 398).
8. No Brasil, esse princípio pode ser extraído do seguinte dispositivo constitucional: “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...)” (BRASIL, 1988).
9. Luís Roberto Barroso entende que esse princípio é inerente ao Estado de Direito, integrante, de modo implícito, o sistema, como um princípio constitucional não escrito. (BARROSO, 2006, p. 237). Do mesmo modo, Willis Santiago Guerra Filho dispõe que a circunstância de não estar expressamente previsto na Constituição, não impede que o princípio seja reconhecido pelo § 2º do art. 5º desta Carta. (GUERRA FILHO, 2001, p. 63-64).
10. Para Humberto Ávila, por exemplo, a “proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim”. Logo, a “aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”. Por outro lado, a razoabilidade atua como “dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência”, impondo, assim “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim”. (ÁVILA, 2005, p. 108-109). Já Willis Santiago Guerra Filho entende que o “princípio da proporcionalidade tem um conteúdo, não sendo como aquele dito da razoabilidade um princípio negativo, capaz tão-somente de evidenciar que dado ato administrativo não cumpre sua finalidade, por absurdo ou arbitrário. (...) A proporcionalidade, portanto há de ser vinculada antes à racionalidade ou racionalização dos atos estatais que a uma simples razoabilidade.” (GUERRA FILHO, 2001, p. 69).
11. Willis Santiago Guerra Filho cita a decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível à direito fundamental. (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Entscheidungen (= BverfGE), n. 30. Tübingen: C. B. Mohr, 1971, p. 316)” (GUERRA FILHO, 2001, p. 71).
12. A esse respeito, Willis Santiago Guerra Filho dispõe: “O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (Teilgrundsätze): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou “máxima do sopesamento” (Abwägungsgebot), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (Gebot des mildesten Mittels).” (GUERRA FILHO, 2001, p. 70-71).
13. O referido autor se refere ao princípio da proporcionalidade como o princípio dos princípios, verdadeiro principium ordenador do direito. Assim, em continuidade, afirma que “(...) a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º), com objetivos que na prática se confitam (art. 3º), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (art. 5º), co-implica na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado para a proteção daqueles direitos.” (GUERRA FILHO, 2001, p. 63-64-64).
14. Na mesma linha, para Nagibe de Melo Jorge Neto, a teoria da argumentação jurídica “estabelece parâmetros, que podem ser seguidos para assessorar a racionalidade da decisão judicial ou ainda que podem ser utilizados como critério para se aferir essa racionalidade”. (JORGE NETO, 2009, p. 134).
15. O autor afirma que “O discurso dialético compatibiliza-se com o estado democrático de direito, conferindo transparências às decisões judiciais e abrindo ampla margem de participação à sociedade na construção dos valores jurídicos”. (JORGE NETO, 2009, p. 114).
16. Para Nagibe de Melo Jorge Neto, o pensamento de Alevy “complementa ou é complementado pelo pensamento de Habermas, que vê o direito como médium do discurso que se desenvolve na sociedade entre a comunidade de cidadãos. O direito institucionaliza o discurso prático e transforma-o em discurso jurídico. O discurso jurídico, assim, oferece algumas vantagens sobre o discurso prático porque possibilita objetivar o discurso prático e encaminhar soluções em um tempo razoável, por meio de instrumentos, como as deliberações parlamentares, regras de votação, quóruns de aprovação e o próprio processo judicial em seus diversos tipos e procedimentos”. (JORGE NETO, 2009, p. 134).
17. “Quanto aos limites da atuação do juiz (...) há uma grande discussão teórica nos Estados Unidos. Verifica-se que a questão é encarada sob duas grandes correntes, chamadas de interpretativistas e não-interpretativistas. Para a primeira, os juizes não estão aptos a concretizar os conteúdos de justiça e de liberdades defendidos pela sociedade, porquanto tal tarefa antes de tudo deve ser confiada ao poder político. Para os não-interpretativistas, a mediação judicial concretizadora destes princípios é tarefa incliável da magistratura”. (BARROS, 2000, p. 66).
18. A esse respeito, Nagibe de Melo Jorge Neto afirma que a legitimidade do controle da política pública pelo judiciário “é alcançada e deve ser buscada pela sociedade e pelos operadores do direito, precisamente no contexto do discurso de uma comunidade de comunicação. Com efeito, a legitimidade das decisões judiciais é construída e alcançada pela própria sociedade e pelos participantes do discurso jurídico”. (JORGE NETO, 2009, p. 136).
19. A exemplo de Victor Inslal (INSAL), 2010, p. 99-118) e Lênio Luiz Streck (STRECK, 2003, p. 257-301).
20. Daniel Nicory do Prado (PRADO) afirma que a obra de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997) busca fundamentação teórica e inspiração no pensamento de Karl Popper (POPPER, 1998), a começar pelo título (“a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”), que faz menção expressa ao conceito de “sociedade aberta”. O próprio Peter Häberle afirma que “a fundamentação teórica da Constituição do pluralismo há de ser buscada em Popper. A ideia da

Notas:

sociedade aberta pode ser tomada dele" (VÁLDEZ, 2009, p. 46).

21. Daniel Nicory do Prado entende como as teses mais relevantes da teoria de Häberle: "a) a que indica a importância da interpretação das normas de direitos fundamentais por seus destinatários específicos; e b) a que entende as expectativas e pressões sociais, em face das decisões dos juizes, não apenas como ameaça à sua independência, mas também como componente importante de sua legitimação". (PRADO).

Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto

Luiz Carlos Soares da Silva

*Acadêmico do curso de Direito da FACSAL –
Faculdade de Salvador, graduado em
Ciências Contábeis pela UFBA e Pós Graduado
em Redes de Computadores pela FACS.*

Introdução

O artigo em pauta, estabelece como pressuposto a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, prevista na Constituição Federal, sendo proposto uma análise abrangente da aplicabilidade da norma constitucional em um contexto de alargamento das atividades desenvolvidas pelas instituições religiosas, que no contexto contemporâneo, não se permitem apenas a restringirem suas atividades meramente a praticas espirituais, mas a atuarem em áreas, que a rigor gera uma distorção na essência da razão de ser das mesmas.

No nascedouro do contexto histórico brasileiro, vê-se claramente a intolerância que existia com os diversos ramos religiosos, possuindo o direito para manifestação religiosa, apenas os que exercessem culto católico. A imunidade tributária era concedida exclusivamente aos nobres e ao clero representado na figura da Igreja Católica Apostólica Romana.

Diante da origem do Estado laico em 1891, princípios como igualdade e o livre culto abrangendo todos os homens passaram a ser valorizados, com a faculdade de qualquer pessoa prestar adoração ou não, a quem ou a que, lhe convierem, sem que houvesse ou haja a interferência do estado nessa relação.

No desenvolvimento e com o crescimento das Organizações sem fins lucrativos e não tuteladas pelo Estado, pertencentes ao terceiro setor, os legisladores tiveram o interesse de proteger o contribuinte, mantendo na Constituição vigente, a não-incidência dos impostos às Organizações Religiosas, incentivando investimentos em setores sociais, afim de atenuar mazelas sociais e econômicas juntamente com a expectativa de melhora da qualidade de vida da população dada por estas instituições, permitindo que o particular possa integrar a linha de frente de combate a pobreza e carências sociais.

Os objetivos específicos, estão focados em análise da questão da imunidade tributária dos Templos de Qualquer Culto, a luz da legislação Constitucional e Tributária, que rege a matéria, bem como aprofundamento da amplitude desta abrangência em decorrência das inúmeras atividades desenvolvidas pelas instituições religiosas. Com as variáveis existentes e que norteiam as atividades das instituições religiosas, é justificável a necessidade da discussão e aprofundamento do tema, que não possui como finalidade prestigiar alguma Organização ou Entidade religiosa, mas sim, preservar garantias constitucionais e princípios inerentes ao ser humano.

CONCEITOS

Definir com algumas palavras o conceito de imunidade tributária, templos de qualquer culto e finalidades essenciais, tornou-se para a doutrina uma tarefa difícil, pois vários doutrinadores tratam sob uma visão diferente.

Imunidade Tributária

Cada jurista hermeneuta defende um conceito sobre a imunidade tributária. Porém, sabe-se que a interpretação tem como função primordial adequar a norma ao caso concreto, não podendo esquecer dos princípios explícitos e implícitos na Constituição.

Aliomar Baleeiro, jurista e político baiano, participante da Assembléia Constituinte de 1946, define a imunidade como “uma exclusão da competência tributária, proveniente da Constituição” (BALEIRO, Aliomar, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 2003, p.226)

Para melhor entendimento, das questões que serão abordadas acerca do tema, é mister tratar da definição de Templos de Qualquer Culto, dirimindo qualquer dúvida conceitual.

Templos de Qualquer Culto

A definição de templo traz diversas observações e posicionamentos, trataremos de duas linhas predominantes. A primeira delas, restringe o templo unicamente e exclusivamente, ao local em que se celebra o culto voltado para adoração e louvor, a qualquer que seja a divindade. Já a segunda, abarca não só o local de culto, mas todas as extensões e bens voltados para as atividades fins das

Organizações Religiosas.

Um grande defensor da interpretação restritiva, o tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho, explica que “o templo é o lugar destinado ao culto e hoje os templos e todas as religiões são comumente edifícios” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Manual de Direito Tributário. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.151), para ele imune é o templo e não a ordem religiosa, pois está pode gozar isenção quanto a seus bens, rendas e serviços, como também suas atividades de caridade e filantrópicas. Contudo, nestes casos, trata-se de matéria estranha à imunidade, pois dependerá de favor fiscal do legislador infraconstitucional, mediante a concessão de isenção.

Em linha contrária a do tributarista Sacha Calmon, há outra visão que considera que os templos não são apenas os locais que acontecem os cultos, mas seus anexos também, o jurista Aliomar Baleeiro (BALLEIRO, Aliomar. op cit., p.226), traz que o templo de qualquer culto não é apenas o edifício, mas todo conjunto de bens e atividades organizadas para a execução do culto religioso, ou a ele ligados. Um edifício será considerado templo se complementado pelas instalações ou pertences adequados àquele fim ou se utilizado aquele espaço efetivamente no culto ou prática religiosa.

Predomina na doutrina, a interpretação ampla sobre a definição de templos de qualquer culto, compreendendo o próprio culto em si e suas dependências e anexos, casas pastorais, convento e demais parâmetros para funcionamento do culto. É incoerente que o fisco, seja de abrangên-

cia federal, estadual e municipal, não tributar sobre o templo físico e instituir impostos sobre atividades que rezem o funcionamento das Organizações Religiosas.

É de máxima consideração, tratar do conceito das finalidades essenciais ligadas ao patrimônio, renda e serviços dos templos de qualquer culto.

Finalidades Essenciais X Patrimônio, Renda e Serviços

Para obter as vedações do artigo 150, inciso VI alínea b, ou seja, não incidência dos impostos, as atividades dos templos de qualquer culto terão de estar ligadas com suas finalidades essenciais de existência, compreendendo seu patrimônio, renda e serviços.

Finalidades essenciais são definidas como aquelas que geram a própria existência e funcionamento dos templos. As atividades têm de estar em consonância com a formação do patrimônio, da renda e serviços das Organizações Religiosas. É importante retratar a formação, dos respectivos citados.

O patrimônio dos templos envolve os bens de maneira geral, equipamentos de som, móveis em sentido amplo, computadores, prédios, veículos automotores, e todos utensílios utilizados para atividade funcional.

Em caso de um possível conflito do contribuinte para com o fisco, na difícil identificação da relação entre o patrimônio da entidade e a ligação com as finalidades essenciais, recai sobre o contribuinte o ônus da prova para demonstrar a correlação de ambos, como

retrata o informativo nº 108 do STF.

Imunidade Tributária: Ônus da Prova Incumbe ao contribuinte a prova da relação entre o patrimônio e a finalidade essencial da entidade, prevista no § 4º do art. 150 da CF ("As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e o serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas."). Com base nesse entendimento, a Turma confirmou despacho do relator que negara seguimento a recurso extraordinário, em que se sustentava ser do fisco, e não do contribuinte, o ônus da prova.

(RE 206.169-SP, rel. Min. Marco Aurélio, 27.4.98) (Inf.108 do STF)

Já a renda pode ser adquirida ou percebida pelas Organizações Religiosas, através das doações, contribuições, ofertas, e dizimos ou qualquer que seja a nomenclatura de doação feita pelos fiéis. Dá-se também através, da venda de produtos, como livros, revistas, estátua de santos, terços, Dvds e Cds de mensagens e a remuneração dos serviços prestados como curso para noivos com pretensão ao casamento, empréstimo do espaço físico, venda de alimentos, dentre outros. Frisa-se que a renda não pode deixar de estar consoante com as finalidades essenciais, devendo ser utilizada de forma única e exclusiva para atividades de culto, não podendo haver desvio de finalidade para não cair na ilegalidade.

Em relato feito pelo doutrinador Leandro Paulsen (PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007,

p.262), segue a seguinte explanação dada pelo jurista Ives Gandra, demonstrando que em caso de doação dos fiéis para atividades mercantis, há perda da imunidade para assim não gerar concorrência desleal para com empresas do mesmo ramo escolhido pelas Organizações Religiosas.

Restrição à própria imunidade incondicionada dos templos.

"... as instituições religiosas são imunes e sua imunidade é incondicional, apenas havendo restrição do § 4º do art.150, se as doações recebidas dos fiéis forem destinadas a atividades mercantis hipótese em que perderia a imunidade para não gerar concorrência desleal com outras empresas de fins lucrativos, que atuem na mesma área de exploração mercantil escolhida pelas igrejas. Fora a hipótese do §4º, não há qualquer limitação imposta às igrejas na aplicação de seus recursos.

(Ives Gandra da Silva Martins, Imunidades Condicionadas e Incondicionadas Inteligência do Artigo 150, Inciso VI e § 4º e Artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, em RDDT n.28, janeiro /98, p.68)

É cabível tal explanação. Imaginemos que uma determinada igreja resolva vender equipamentos eletrônicos, ainda que seja para finalidades essenciais, mas por gozar da imunidade tributária, ou seja, não incidência de impostos, disponibiliza o preço bem abaixo do mercado, o que conseqüentemente trará grandes prejuízos às empresas que sobrevivem deste ramo, pois perderiam clientes, o que seria uma agressão à concorrência leal e ao princípio da isonomia.

Para falar dos serviços, cita-se a realização de casamentos, congressos e eventos religiosos, batizados, cursos para noivos e pastores, seminário teológico, dentre outros. Os templos possuem imunidade na contratação e prestação de serviços para dirimir seus problemas e necessidades, como para reforma e segurança de seu prédio, concerto de equipamentos de sonorização, manutenção da estrutura de forma ampla, etc. Porém vemos que em alguns Estados brasileiros, não estão obedecendo completamente a aplicação da norma imunizante, privando os templos de qualquer culto da não incidência e exercendo a cobrança dos impostos principalmente os que recaem sobre o consumo, a exemplo do ICMS, ISS e outros. Desta maneira, explana-se de maneira pontual cada imposto, seguindo a ordem dos incidentes sobre o rendimento, consumo, transmissão, propriedade e o retido na fonte.

Da aplicabilidade da Imunidade Tributária nos Templos de Qualquer Culto.

Imposto sobre a Renda (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL).

O imposto sobre a renda da Pessoa Jurídica e a Contribuição Social Sobre o Lucro, de competência federal, incidem sobre auferimento de renda, acréscimo patrimonial, os rendimentos positivos e negativos abarcados pelas pessoas jurídicas.

O imposto de renda pessoa jurídica e CSSL, não dispensa a apresentação da declaração de rendimentos, denominada Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), pois esta é

uma condição imprescindível para a garantia do benefício da imunidade ou isenção do imposto de renda. Atenta-se também para a obrigatoriedade da Declaração de Débitos e Créditos Tributários (DCTF), demonstrando os valores recolhidos de impostos e contribuições.

Ademais, enfatiza-se a relação de incidência dos impostos sobre o consumo, tratando das suas polêmicas e peculiaridades.

Impostos sobre Consumo (II, IE, IPI, IOF, ICMS e ISS)

Os impostos incidentes sobre o consumo, são definidos como impostos indiretos, há o pagamento ao consumir algum bem ou serviço, podendo o contribuinte ser substituído por outro de forma indireta.

O imposto de importação (II) e o imposto de exportação (IE), tratando-os respectivamente, ambos de competência privativa da União, classificados como impostos indiretos, o primeiro incide sobre a entrada no país de mercadoria, cumulando três impostos na importação, o próprio II, o ICMS e o IPI, e o segundo, incide sobre a saída de produtos nacionais ou nacionalizados.

Se faz necessário, dentro da visão do fisco para a aplicabilidade da imunidade do imposto de importação juntamente com o IPI, que a entrada da mercadoria no Brasil, seja de atividade essencial da Entidade Religiosa ligada ao seu patrimônio, renda e serviço, caso contrário, incidirá o imposto sem qualquer ilegalidade à norma imunizante, para que não haja privilégio das Instituições Religiosas para com

empresas, indústrias que sobrevivem dessa suposta mercadoria em transição. O IE, não há cumulação com o IPI e o ICMS, abarcando a regra geral que só há incidência do imposto, desde que, a mercadoria exportada não tenha vínculo com a atividade de finalidade essencial da Instituição.

O imposto sobre produtos industrializados (IPI), de competência da União, possui como fato gerador às operações cujo objeto seja um produto industrializado, o seu desembarço aduaneiro, quando de procedência estrangeira, a sua saída de estabelecimentos que refere o (Artigo 51 do CTN), e a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado levado a leilão.

Quando o IPI aparece de forma vinculada a título de importação, aplica-se a norma imunizante, obtendo as Instituições o direito de não pagar o imposto o que é aplicado no entendimento da Receita Federal, porém quando o imposto incide nas saídas de produtos industrializados dos estabelecimentos industriais ou equiparados, incidirá ainda que seja para desempenho de suas finalidades essenciais. Tal ocorrência gera uma controvérsia, porque na forma vinculada ao II, o fundamento é a utilização da mercadoria na atividade de finalidades essenciais, já na saída das indústrias ou equiparados, desconstitui as atividades de finalidades essenciais, obrigando a emissão de nota fiscal com destaque do imposto, contrariando os dispositivos legais constitucionais. *Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. IMUNIDADE.*

A imunidade concedida aos templos de qualquer culto pelo art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal não abrange o IPI incidente nas saídas de produtos industrializados dos estabelecimentos industriais ou equiparados quando tais produtos forem adquiridos por aquelas entidades, mesmo que sejam destinados a integrar seu patrimônio e estejam relacionados ao desempenho de suas finalidades essenciais. Os estabelecimentos industriais ou equiparados que fornecem produtos tributados às citadas entidades são obrigados a emitir Nota Fiscal com destaque do imposto, bem como ao recolhimento do mesmo nos prazos previstos em lei. Dispositivos Legais: Constituição Federal de 1988, art. 150, inciso VI, alínea “b”, e § 4º; PN CST nº 361, de 1970. (Solução de Consulta nº 270/2008)

A discussão da não incidência do IPI em operações industriais, como explanado na solução de consulta, caberá somente ao contribuinte indireto a busca pelo judiciário, para obter o direito imunizante referente ao IPI, relativo à saída de produtos industrializados de estabelecimentos industriais e equiparados.

Já o imposto sobre operações financeiras (IOF), de competência da União, incide sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos ou valores mobiliários, e sobre o ouro na figura de ativo financeiro. Desde que as operações sejam utilizadas às finalidades essenciais, os templos de qualquer culto, já obtiveram a isenção dada pela União, através do Decreto nº 6306/2007 que regulamenta o

imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, no Artigo 2º, parágrafo 3º, inciso II, que se segue.

Art. 2º

(...)

§ 3º Não se submetem à incidência do imposto de que trata este Decreto as operações realizadas por órgãos da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e, desde que vinculadas às finalidades essenciais das respectivas entidades, as operações realizadas por:

(...)

II - templos de qualquer culto;

Em caso de eventual cobrança do imposto, as Instituições Religiosas, podem entrar com a ação judicial para recuperar os valores recolhidos aos cofres públicos de forma indevida.

O imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), de competência estadual, cada Estado trata a matéria do imposto de forma peculiar.

No Estado da Bahia, não há dispositivo legal que conceda isenção de ICMS incidente sobre luz, água, telefone e gás, aos templos religiosos, existindo a aplicação do imposto, através das prestadoras de serviços que já colocam embutidas nas contas a pagar o valor do ICMS, o que infringe o dispositivo constitucional (Artigo 150, inciso VI, alínea b), pois os serviços prestados estão vinculados às atividades-fim das Instituições Religiosas. Salienta-se que não há culto nas noites se não houver luz, não à limpeza de santuári-

os ou edifícios ligados às atividades religiosas se não tiver água, a comunicação entre os membros, simpatizantes e fiéis com as lideranças não se dará sempre pessoalmente e sim através do telefone para um aconselhamento ou direcionamento, e as refeições de fiéis e pessoas que vêm nas Instituições Religiosas local de alimentação gratuita e os projetos sociais no combate a fome, sem o gás.

O ICMS é o imposto sem dúvida o mais oneroso e que traz grandes discussões acerca do alcance da imunidade, o que deve ser estudado a fundo, para que a imunidade dos templos, seja aplicada de acordo com os princípios da legalidade e razoabilidade.

O imposto sobre serviços (ISS), diferente do ICMS, é de competência municipal, incidente sobre a prestação do serviço. Em relação ao tema, vê-se que as prestadoras de serviços já tratam de forma discriminada na nota fiscal o valor do ISS recolhido, o que garante aos cofres públicos maior efetividade na arrecadação dos impostos, porém frisa-se que muitas das atividades requeridas pelas Organizações Religiosas, possui ligação com sua atividade-fim, a título de exemplo, a produção de encartes para Cds e Dvds que serão vendidos e a verba utilizada para o pagamento da conta de energia.

Em caso de cobrança do ISS, em serviços que venham possuir vínculo com a formação do patrimônio, serviço e renda, é inconstitucional, pois o legislador não coloca barreiras sobre a não cobrança desse imposto, o que configura a imunidade tributária dos templos é que as atividades exercidas estejam apenas

coligadas com as finalidade essenciais. Tal explanação a doutrina vem amadurecendo, podendo ser discutida judicialmente, havendo uma necessidade comprobatória para que seja reconhecido um eventual direito.

Impostos sobre Transmissão (ITCMD e ITIV)

Os impostos sobre transmissão, são aqueles que incidem sobre transmissão de bens móveis e imóveis, são divididos em ITCMD (Imposto sobre transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos) e ITIV (Imposto sobre transmissão inter vivos a qualquer título por ato oneroso).

O imposto sobre transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), de competência dos Estados e Distrito Federal, no caso de imóveis, o imposto é recolhido pelo Estado onde se encontra e os bens móveis, pelo Estado onde se processar o inventário ou tiver o domicílio do doador.

O posicionamento da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, é que são contribuintes do ITCMD ou ITD, os adquirentes dos bens ou direitos nas transmissões "causa mortis" e o donatário nas doações a qualquer título. O imposto não incide sobre a transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos, quando for realizado para o patrimônio dos templos de qualquer culto. Na hipótese de um fiel ou simpatizante, doar ou transferir uma propriedade fruto de herança, seja casa, edifício, terreno ou bens móveis, títulos e créditos, para incorporação do patrimônio de uma

Entidade Religiosa, não há cobrança do imposto, presencia-se a imunidade tributária.

O imposto sobre transmissão inter vivos (ITIV), conhecido também como ITBI, de competência Municipal, possui como fato gerador à transmissão entre inter vivos, através de ato oneroso seja de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, exceto os dado em garantia e bem como cessão de direitos relativos às transmissões mencionadas.

Correlacionando com o tema, o ITIV, não incidirá sobre as transmissões realizadas pelos fiéis, seguidores ou simpatizantes, de imóveis e de direitos reais, frisando a ligação com as finalidades essenciais de cunho patrimonial, não podendo deixar de correlacionar-se, sob pena da norma imunizante não alcançar a Entidade.

Para ilustrar, ressalta-se que os templos que vierem adquirir imóveis de terceiros, poderão utilizá-los para gerar renda, o que vai ser explanado a seguir, na correlação com os impostos incidentes na propriedade.

Impostos sobre Propriedade (ITR, IPVA e IPTU)

Impostos sobre a propriedade, são aqueles que incidem sobre os bens móveis e imóveis, localizados em área rural ou urbana. Segue cada um com suas características e confrontações.

O imposto territorial rural (ITR), de competência da União, incide sobre a propriedade imobiliária localizada fora da zona urbana do Município. Sob o entendimento da Receita Federal do Brasil, ao atender os requisitos constitucionais e

legais, os imóveis rurais dos templos de qualquer culto, tem o direito de gozar da imunidade tributária. Na hipótese do imóvel rural pertencer a um templo de qualquer culto, este gozará da imunidade, somente se as atividades executadas estiverem vinculadas às suas finalidades essenciais, caso contrário contribuirá normalmente.

O imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), de competência dos Estados e Distrito Federal, incide sobre a propriedade de veículos automotores, abrangendo os que percorrem a esfera terrestre, aquática e aérea. Para gozar da imunidade do IPVA, os veículos automotores têm de estar ligados às atividades de finalidades essenciais, compreendendo patrimônio de propriedade exclusiva em nome das Organizações Religiosas e não dos seus líderes ou qualquer pessoa física.

A título de exemplo, em caso de um veículo automotor, seja um carro ou ônibus, estando em nome da Entidade Religiosa, for utilizado para visitas pastorais, encaminhamento de oferendas, e quaisquer atividades voltadas para rituais de culto e propagação da fé, goza da norma imunizante sem qualquer barreira.

Já o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), de competência dos Municípios, tem como fato gerador a propriedade de imóvel urbano, enquadrando-se também, a posse ou domínio útil do mesmo. Há de se frisar que o IPTU incide sobre imóvel construído (predial) e sobre imóvel sem construção (territorial).

A imunidade do IPTU abrange as casas pastorais, dos bispos, reverendos, líderes

dos segmentos religiosos e qualquer extensão de residência, desde que estejam sobre registro das Organizações Religiosas, ou seja, a propriedade da pessoa jurídica imune. Vê-se abaixo a decisão proferida pela Suprema Corte, concedendo imunidade à Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, sobre os imóveis que estiverem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade, não afastando a imunidade prevista na Constituição, aplicando-se o mesmo fundamento para com os imóveis de propriedade dos templos.

IMUNIDADE - INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS - IMÓVEIS - ESCRITÓRIO E RESIDÊNCIA DE MEMBROS. O fato de os imóveis estarem sendo utilizados como escritório e residência de membros da entidade não afasta a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", § 4º da Constituição Federal.

(STF. RE 221395 / SP - SÃO PAULO. Segunda Turma. EMENT VOL-01990-02 PP-00353. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 08/02/2000.)

Alerta-se que na situação da aquisição de um imóvel por parte dos templos, deve-se observar se há dívidas tributárias próprias do imóvel, solicitando certidão negativa junto à Fazenda Municipal, para que não venha assumir dívidas concernentes ao não pagamento do IPTU ou qualquer outro ônus do antigo proprietário, pois a imunidade não tira a responsabilidade das entidades de ter que saná-las.

Alguns Municípios brasileiros, a título de exemplo, Salvador, legislam a favor das Instituições Religiosas, concedendo o

benefício fiscal da não cobrança do IPTU sobre imóveis alugados, incentivando a propagação da fé e a mudança social.

O prefeito João Henrique da cidade de Salvador, localizada no Estado da Bahia, sancionou em 05 de julho de 2007 a lei 7235/07, concedendo a isenção fiscal pelo prazo mínimo de cinco anos ininterruptos, da cobrança de IPTU para com os templos religiosos, que praticam suas atividades em imóveis alugados. A Lei do Município de Salvador sancionada, altera o dispositivo da Lei nº 7.186/2006, que trata do Código Tributário e de Rendas do Município do Salvador e dá outras providências, segue na íntegra os Artigos da Lei sancionada.

Art. 1º O inciso VIII do art. 83 da Lei nº 7.186 de 27 de dezembro de 2006 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 83. Será concedida isenção do imposto em relação ao imóvel:

(...)

VIII - cedido, a título gratuito, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos ininterruptos, ou que esteja locado ao Município do Salvador ou a instituição religiosa de qualquer culto, legalmente constituída, e enquanto nele estiver funcionando exclusivamente um templo;"

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Salienta-se que o benefício da não cobrança do IPTU, sobre imóveis alugados pelas instituições religiosas, é mera isenção fiscal das legislações municipais específicas, não se tornando uma regra geral, dependendo de regulamentação local. Já na posição de locador, o STF já

decidiu dirimindo qualquer dúvida sobre o pleito.

Vale dizer, que os imóveis de propriedade da entidade religiosa estão dentro da abrangência da norma imunizante, ainda que alugados a terceiros, contanto que os rendimentos dos aluguéis sejam destinados à própria pessoa jurídica e às atividades de finalidades essenciais da entidade religiosa. Segue abaixo outra decisão que vem sustentar a tese de que a imunidade tributária das instituições sem fins lucrativos abrange o IPTU de imóveis alugados, desde que a renda seja aplicada em suas finalidades institucionais.

EMENTA: Imunidade tributária do patrimônio das instituições de assistência social (CF, art. 150, VI, c): sua aplicabilidade de modo a pré excluir a incidência do IPTU sobre imóvel de propriedade da entidade imune, ainda quando alugado a terceiro, sempre que a renda dos aluguéis seja aplicada em suas finalidades institucionais.

(STF. RE 237718/SP - SÃO PAULO. Tribunal Pleno. EMENT VOL-02042-03 PP-

00515. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2001.)

Percebe-se que a matéria da imunidade tributária dos templos de qualquer culto vem aumentando significativamente as demandas no Judiciário, devido ao forte combate à intolerância religiosa e ao crescimento intenso do número de segmentos religiosos no Brasil, que lutam pelos seus direitos.

CONCLUSÃO

As instituições religiosas em sua abrangência e amplitude, tem se apresentado como parceiras do Estado em diversas áreas sociais, reduzindo desta forma o déficit da miséria e pobreza da população, através das ações filantrópicas, conseguindo penetrar e atuar em diversas frentes, que muitas vezes o ente governamental não tem acesso e se torna incompetente. Em cima desta premissa é salutar para o próprio desenvolvimento social do país, que haja uma política tributária diferenciada para os Templos de Qualquer Culto, incentivando e catalisando ações destas organizações religiosas em frentes, que o Estado é inerte e não conseguiu realizar o papel constitucional, que lhe é pertinente. Necessita por outro lado uma visão de fiscalização do governo, através do Ministério Público, para evitar, que instituições sérias, que mantêm em ordem seus livros contábeis e todas as suas operações financeiras, que cumprem com todas as obrigações emanadas pela legislação civil e tributária, venham a ser prejudicadas em decorrência da existência de pseudo instituições, que se utilizam da prerrogativa constitucional da imunidade tributária para desviar recursos e engordarem os cofres de seus dirigentes. É salutar que haja uma visão mais abrangente por parte do governo na aplicabilidade da imunidade tributária para as instituições religiosas, que estejam atuando de forma seria e regular, pois existem muitas discussões, inclusive a nível de tribunais, por autuações do fisco, que muitas vezes de forma desatinada ou pelo afã da cobrança e da arrecadação,

imputam a estas organizações o ônus, que as mesmas não podem suportar e que não se coaduna com seus objetivos sociais e do papel relevante que as mesmas tem na área filantrópica e social do país.

Os pontos de duvidas e discussões na esfera administrativa e nos tributarias a respeito da abrangência e amplitude da imunidade tributária em seus diversos níveis para os Templos de Qualquer Culto, continuam, mas precisam serem dirimidas, a fim de tornar as regras claras e permitir que as instituições religiosas, gozem em sua plenitude da prerrogativa emanada da própria constituição e permitam que atuem cada vez com mais pujança nas classes menos favorecidas e continuem realizando com mais penetração os trabalhos sociais, que tanto tem permitido a minimização das mazelas sociais em nosso país.

Considera-se portanto, que o objetivo da concessão da imunidade tributária aos templos de qualquer culto posta pelo legislador constituinte, seja garantidor da liberdade religiosa consoante com o culto, estimulador da propagação da fé, incentivador dos trabalhos sociais de cunho assistencialista e religioso, e fortificador da manutenção de um estado laico, portanto é mais que necessário a permanência de uma política de governo, que estimulem as instituições serias a dar continuidade aos relevantes serviços, que as mesmas prestam ao nosso país.

Referências:

BALLEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Manual de Direito Tributário. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FILHO, Antônio Ferreira. O Direito Aplicado Às Igrejas. 2ª. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2005.

PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.

EMPRESARIO.: Templos de qualquer culto. imunidade ao IPI. Solução de consulta nº 270, de 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.empresario.com.br/legislacao/edicoes/2008/tem_qual_cul_imu.html>. Acesso em: 11 maio 2012, as 15:12 Hrs.

REFERÊNCIAS. SECRETÁRIA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Informações sobre ITD. Disponível em <<http://www.sefaz.ba.gov.br/contribuinte/informacoes/sobreitd.htm>>. Acesso em: 11 maio 2012 as 15:50 Hrs.

Desaposentação no Regime Geral de Previdência Social

Luisa M. Correia Tápia

*Graduanda em direito, 9º semestre, no
Instituto Baiano de Ensino Superior – IBES*

Introdução

O presente artigo tem seu foco principal no instituto jurídico da desaposentação, considerado por parte da doutrina, constitucional e inteiramente válida sua efetivação, conceituada como a possibilidade de renúncia da aposentadoria, pelo segurado, com o escopo de obter benefício mais vantajoso, posicionamento defendido por Fábio Zambitte Ibrahim em seu livro “Desaposentação”, fundamentando que aposentadoria é um direito patrimonial do segurado, portanto, disponível.

Para que seja compreendida a aplicação, validade e possibilidade da concessão da desaposentação, faz-se necessário abordar o aspecto geral das Aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, que tem suporte constitucional no artigo 201 e previsão na Lei 8.213/91, sendo elas, a aposentadoria por invalidez, concedida ao segurado que estando ou não em gozo do auxílio-doença, é considerado incapaz para o trabalho; a aposentadoria por idade, concedido aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, sendo reduzido em 5 anos o limite para os trabalhadores rurais e se professores, em ambos os sexos, e, há ainda a aposentadoria por tempo de contribuição que tem como requisitos 35 anos de contribuição, se homem e 30 anos de contribuição, se mulher, havendo redução de 5 anos para professor que comprove efetivo exercício. Devendo perpassar ainda pela análise das possibilidades de desaposentação, que são, averbação de tempo de contribuição em outro regime previdenciário ou contagem deste tempo no mesmo regime. Para a elaboração do artigo, se faz necessário, ainda, a análise de uma orientação jurisprudencial prevalente no TRF 4ª Região (2009.70.03.000836-5, DJ 26.5.2010), decisão esta, ainda não pacífica no sistema jurídico brasileiro, que defende a constitucionalidade e conseqüente validade do instituto jurídico da desaposentação, sendo obrigatória a devolução dos valores pagos para manter o equilíbrio do sistema comparada à decisão proferida pela TNU (processo nº 2007.72.95.0001394-9), que denegou o

pedido de desaposentação visando a concessão de uma aposentadoria integral, sob o fundamento de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, portanto, irrenunciável, evidenciando, ainda, a necessidade do posicionamento do STF sobre a referida matéria, vez que tal estado de silêncio tem por conseqüência imensurável insegurança jurídica, sendo necessário ainda, para maior abordagem do tema em questão, a comparação de correntes doutrinárias opostas, sendo que Fernando Vieira Marcelo, com tese calcada em óbice no ordenamento jurídico e afronta à garantia do ato jurídico perfeito, disposto na Constituição Federal, não admite a desaposentação, já a corrente doutrinária à qual está inserto Fábio Zambitte Ibrahim, defende que a aposentadoria é questão patrimonial, e portanto disponível, logo, é admissível o ato jurídico da desaposentação.

Portanto, é inegável a importância da análise do instituto jurídico da desaposentação com escopo de desmistificar a vedação à concessão da desaposentação, visto que ainda não há lei que a regulamente, não houve posicionamento do Supremo Tribunal Federal referente à matéria em questão, nem mesmo há vedação constitucional expressa.

Seguridade social brasileira

A política de proteção social, no Brasil, surgiu com a necessidade de implantação de instituições de seguro social, que visavam garantir aos indivíduos a proteção às necessidades consideradas básicas de uma sociedade, com a criação das santas

casas de misericórdia, como a de Montepio Geral dos Servidores do Estado, que foi a primeira entidade privada do Brasil, onde os associados contribuíam para um fundo que garantiria a cobertura de certos riscos, mediante a repartição dos encargos com todo o grupo, e, sociedades beneficentes. Porém tal sistema de proteção social foi evoluindo de forma restrita excludente, visto que por muito tempo o referido amparo foi restrito a um determinado grupo, que que contribuía para um determinado fundo garantia.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, a expressão “Seguridade Social” foi adotada como sinônimo de segurança social, criando, desta forma, um sistema protetivo até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, visando atender às necessidades da sociedade.

Daí, a seguridade social foi definida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo, 194, *caput*, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 06) define seguridade social como:

Rede protetiva formada pelo Estado e particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida.

Fernando Vieira Marcelo (2012, p. 19) conceitua a previdência social como:

Um seguro coletivo, público, compulsório, destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei.

Sistemas de Previdência Social

No Brasil existem dois sistemas básicos de previdência, o público, que possui caráter obrigatório, do qual fazem parte os subsistemas Regime Geral de Previdência Social e Regime Próprio de Previdência Social, e, o sistema privado, que possui caráter facultativo e de natureza privada, também denominado de Regime Complementar, pois é organizado de forma autônoma ao Regime Geral e é subdividido em Entidades Abertas de Previdência Complementar e Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

Os sistemas de Previdência Social estão dispostos nos artigos 201 e 202, da Constituição Federal, objetivando a manutenção financeira, assegurar a dignidade das pessoas, e, amparar os que por muito tempo atuaram na atividade laborativa. Comporta dois regimes distintos, para os servidores públicos e para os demais trabalhadores brasileiros.

Os servidores públicos, que ocupam cargo efetivo, estão vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Já os demais trabalhadores do Brasil, estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Regime Geral de Previdência Social (RGPS)
O Regime Geral de Previdência Social

encontra sua base legal no artigo 201²², da Constituição Federal de 1988, e abrange todos os trabalhadores que possuem relação de emprego regida pela CLT, além dos empregados rurais, domésticos, trabalhadores autônomos, empresários, trabalhadores avulsos, servidores públicos não amparados pelo Regime Próprio de Previdência Social, entre outros.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim (2004, p. 120), é beneficiário do RGPS:

Todo aquele que receba ou venha a receber alguma prestação previdenciária.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS), é responsável pela administração dos benefícios previdenciários, enquanto a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) é competente para as atividades correlacionadas a arrecadação, fiscalização e cobrança dos tributos previdenciários.

Espécies de aposentadoria

A aposentadoria é a prestação previdenciária dada ao segurado, mediante contribuição, que é materializada por um ato administrativo (aposentação).

Segundo Fernando Vieira Marcelo (2012, p. 23), a aposentadoria é conceituada como:

Um ato jurídico perfeito, independente de condição ou novas etapas para a sua validade. É ato administrativo completo, pois gerou a plenitude de seus efeitos.

Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez, prevista nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213/91, é

concedida ao segurado que estiver incapaz para o exercício laboral, estando ou não em gozo do auxílio doença, que será paga enquanto permanecer nesta condição.

No Regime Próprio de Previdência Social, aposentadoria por invalidez poderá ser concedida na modalidade qualificada, quando tal invalidez decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, segundo a EC 41/03, onde os proventos serão calculados integralmente, devendo ser considerado o tempo de contribuição a partir de julho de 1994 ou a partir da data de ingresso, se esta for posterior a competência citada, e, na modalidade simples, que será concedida quando a invalidez for oriunda das demais enfermidades não relacionadas, aplicando-se, para o cálculo dos proventos, a proporcionalidade, que incidirá sobre a média de remunerações obtidas.

Já no Regime Geral de Previdência social não há tal distinção, sendo a renda mensal do referido benefício, devida em sua totalidade, sem aplicação do fator previdenciário²³.

A concessão da aposentadoria por invalidez dependerá da comprovação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial, que será realizado por médico habilitado e registrado no INSS, condição esta, que terá sua continuidade verificada, por meio de perícias escalonadas, em regra a cada 2 (dois) anos.

Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade, prevista nos artigos 48 a 51, da Lei nº 8.213/91, é concedida quando o beneficiário tiver

atingido a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, sendo reduzido em 05 (cinco) anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos, que exerçam suas atividades laborais em regime de economia familiar, aí insertos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. A renda mensal devida ao referido beneficiário será o equivalente a 70%, acrescido de 1% cada grupo de 12 contribuições mensais, até o total de 30%, com a aplicação facultativa do fator previdenciário.

Aposentadoria por tempo de contribuição
A aposentadoria por tempo de contribuição, criada com a EC 20/98, que substituiu a aposentadoria por tempo de serviço, disposta na Lei 8.213/91, é devida ao beneficiário que tiver contribuído 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, sendo reduzido tal período contributivo em 05 (cinco) anos no caso dos professores, de ambos os sexos, que comprovem tempo de efetivo das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental.

O referido tempo de contribuição será contado desde o início da contribuição até a data do requerimento ou desligamento da atividade abrangida pela Previdência Social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como de suspensão de contrato de trabalho, interrupção de exercício e de desligamento da atividade laboral.

Desaposentação

A desaposentação não é um instituto novo no Direito, porém, ganhou maior ênfase com a extinção do pecúlio²⁴, em novembro de 1995, quando os segurados observaram não estarem mais recebendo de volta as contribuições realizadas após a aposentadoria.

A desaposentação é o meio previdenciário pelo qual o segurado inativo renuncia à aposentadoria com a finalidade de obter benefício mais vantajoso no Regime Geral de Previdência Social.

Segundo Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2001, p. 227), a desaposentação é conceituada da seguinte forma:

É a desconstituição do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário da aposentadoria, tornando novamente disponível o tempo de contribuição ou de serviço, tendo por objetivo a obtenção de um benefício mais vantajoso, seja no regime geral, ou em outro regime próprio.

De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2006, p. 506): *A desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.*

A desaposentação só será possível quando o beneficiário tiver sido aposentado por tempo de contribuição, vez que o Regulamento de Previdência Social prevê que as aposentadorias por invalidez e especial são irrenunciáveis e irreversíveis.

Não se deve confundir desaposentação, revisão e reversão, pois, apesar de todos esses atos administrativos terem o mesmo objeto, a aposentadoria, têm objetivos distintos.

A desaposentação, como já mencionado anteriormente, é o meio previdenciário pelo qual o beneficiário inativo renuncia a aposentadoria, visando obter benefício previdenciário mais vantajoso, exige um aproveitamento de tempo laborado após a concessão da aposentadoria.

A revisão se dá quando os segurados que à data da entrada de requerimento administrativo têm direito à condição mais benéfica ou benefícios a serem implementados na aposentadoria.

A reversão é aquela em que o segurado foi aposentado por invalidez, porém com o passar do tempo a enfermidade que ensejou o referido benefício não mais existem, retornando à atividade no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação.

Na Carta Magna, não há qualquer vedação à desaposentação, tampouco vedação da renúncia aos direitos previdenciários na legislação específica da Previdência Social. Sendo, portanto, mais fruto da construção doutrinária e jurisprudencial do que propriamente retirada do texto legal.

O tema neste artigo abordado, é discutido no Recurso Extraordinário (RE) 661256, ao qual o ministro Ayres Britto é relator, que afirma que a referida controvérsia constitucional está submetida ao crivo da Suprema Corte também no RE 381367, cujo julgamento foi suspenso em setembro do ano de 2010 pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli. No referido

recurso, é discutida a constitucionalidade da Lei 9.528/97, a qual estabeleceu que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Para o ministro, “salta aos olhos que as questões constitucionais discutidas no caso se encaixam positivamente no âmbito de incidência da repercussão geral”, visto que são de grande relevância sob a ótica econômica, política, social ou jurídica e ultrapassam os interesses subjetivos das partes envolvidas.

No recurso que teve reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional debatida, o INSS questiona decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu a um segurado aposentado o direito de renunciar à sua aposentadoria com o objetivo de obter benefício mais vantajoso, sem que para isso tivesse que devolver os valores já recebidos. O autor da ação inicial, que reclama na Justiça o recálculo do benefício, aposentou-se em 1992, após mais de 27 anos de contribuição, mas continuou trabalhando e conta atualmente com mais de 35 anos de atividade remunerada com recolhimento à Previdência.

Ocorre que, é pacífico o entendimento de que os valores recebidos mensalmente a título de aposentadoria têm natureza alimentar, ficando portanto, protegidos pelo princípio da irrepetibilidade ou da não devolução dos alimentos. Tal

posicionamento vem sendo adotado pelos tribunais pátrios, entre eles o STJ. Vejamos:

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.

É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV, por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar.

Ao tentar judicialmente a conversão de seu benefício em aposentadoria integral, o aposentado teve seu pedido negado na primeira instância, decisão esta reformada em segundo grau e no STJ. Para o INSS, o reconhecimento do recálculo do benefício, sem a devolução dos valores recebidos, fere o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro previsto na Constituição (artigo 195, caput e parágrafo 5º, e 201, caput), além de contrariar o caput e o inciso 36 do artigo 5º, segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

O governo divulgou que o impacto fiscal a ser suportado pelo Tesouro, caso o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheça o direito à "desaposentação", requerido atualmente por milhares de ações em tramitação nos tribunais brasileiros, será de R\$ 49,1 bilhões, em um universo de aposentados beneficiados de, aproximadamente, 480 mil pessoas.

Como não há dispositivo legal que discipline o referido instituto e ainda não houve posicionamento do Supremo

Tribunal Federal, regem, no Brasil, dois posicionamentos conflitantes, um contra a validade da desaposentação, sob o fundamento de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, portanto, irrenunciável e irreversível, e outro que preza pela validade do ato administrativo da desaposentação, sob o fundamento que a aposentadoria é questão patrimonial, portanto renunciável.

A renúncia é um instituto de natureza eminentemente civil, de direito privado. Apenas direitos de natureza civil são passíveis de renúncia, ante o caráter pessoal e sobretudo disponível destes, ao contrário dos direitos públicos e aos de ordem pública.

A corrente que roga pela invalidade da desaposentação, à qual está inserto o doutrinador Fernando Vieira Marcelo, defendem o caráter indisponível e irreversível da aposentadoria, por ser a aposentadoria, um ato jurídico perfeito.

Sustentam ainda a posição a renúncia não poderia ser configurada como renúncia, posto que é ato vinculado da Administração.

Destacamos o posicionamento de Lorena de Mello Rezende Colnago:

É de suma relevância lembrar que um fato jurídico ingressa no mundo jurídico através de um suporte que, geralmente, é uma norma. No caso da aposentadoria, o fato natural: inatividade remunerada pelos cofres públicos torna-se jurídica e exigível através de um ato administrativo vinculado: aposentação, que necessita de um agente capaz, de expressa previsão legal, de objeto lícito e moral, além do interesse público.

Assim, para que o fato jurídico aposentadoria seja retirado do ordenamento, pelo princípio da paridade das formas, necessário se fará um outro ato administrativo vinculado: o ato da desaposentação, com requisitos idênticos à emissão do ato de aposentação, veículo introdutor da aposentadoria.

Por fim, alegam que de acordo com o princípio da solidariedade, previsto no artigo 19, da Constituição Federal, toda a sociedade, direta ou indiretamente, financia a previdência social, ou seja, o segurado contribui unicamente para o sistema, e não para a obtenção de benefício ulterior. Assim sendo, as contribuições posteriores à concessão do benefício da aposentadoria não serão considerados novamente para a obtenção de novo benefício.

Já a corrente doutrinária e jurisprudencial que roga pela validade da desaposentação, corrente esta à qual comunga o presente artigo, tem por fundamento ser a aposentadoria um direito personalíssimo, porém patrimonial, portanto, disponível e renunciável. E, não importando na devolução das parcelas recebidas enquanto aposentado, vez que fazia jus aos seus proventos, que por sua vez têm natureza alimentar, portanto, não configurando enriquecimento ilícito.

Atualmente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) não reconhece a renúncia da aposentadoria, com base no Decreto 3048/99, que é explícito em dizer que este benefício é irrenunciável. Isso tem levado os segurados a procurar a justiça para recalcular o valor do benefício. As ações são direcionadas contra o INSS.

Na Câmara existem projetos autorizando a "desaposentação". Os dois mais antigos são de autoria do deputado Cleber Verde (PRB-MA), os PLs 2682/07 e 3884/08.

Os referidos projetos de lei, além de permitir a renúncia e o recálculo do benefício, deixa claro em seu texto que o aposentado não é obrigado a devolver ao INSS os valores recebidos pela primeira aposentadoria. Há ainda propostas de autoria dos deputados Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), Celso Maldaner (PMDB-SC), Dr. Ubiali (PSB-SP) e Eduardo Barbosa (PSDB-MG) e também do deputado licenciado Luiz Carlos Haully (PSDB-PR).

Atualmente, o PL 3884 está na Comissão de Finanças e Tributação, onde recebeu parecer pela rejeição, apresentado pelo deputado Zeca Dirceu (PT-PR), que alegou a inexistência de fonte de custeio e de cálculo do impacto fiscal da "desaposentação". Na comissão anterior, de Seguridade Social e Família, ele foi aprovado. O deputado maranhense rebate, porém, as afirmações de inadequação orçamentária, alegando que o novo regime de aposentadoria será custeado pelas próprias contribuições que os aposentados farão ao INSS.

CONCLUSÃO

Em vista do trabalho despendido, com o objetivo de propiciar maiores esclarecimentos acerca do tema em debate, de grande relevância no cenário social, haja vista a realidade fática brasileira, em que após ser concedido o benefício da aposentadoria ao segurado, o mesmo continua laborando.

Destarte, com vista na ausência de dispositivo legal ou posicionamento do STF que regulamente o labor após o segurado ser beneficiado com a aposentadoria, gerando notória insegurança jurídica, necessário se faz a aprovação dos Projetos de Lei que disciplinem de maneira a tornar segura a efetividade jurídica da desaposentação, e ainda, que o STF se pronuncie, julgando os Recursos Extraordinários onde se discute a validade do referido instituto jurídico.

Ademais, não resta dúvida de que o instituto jurídico da Desaposentação é inteiramente válido e constitucional, inexistindo qualquer vedação expressa à opção do segurado em renunciar ao benefício de origem, desde que tenha

como intuito a obtenção de benefício mais vantajoso, vez que se trata de direito patrimonial, portanto renunciável.

Assim sendo, o conceito mais pertinente da desaposentação é o meio previdenciário pelo qual o segurado inativo renuncia a aposentadoria com a finalidade de obter benefício mais vantajoso no Regime Geral de Previdência Social.

Outrossim, é pacífico o entendimento que os valores recebidos a título de aposentadoria têm natureza alimentar, portanto é inadmissível a restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da não-devolução dos alimentos, ao optar pela desaposentação.

Enfim, não se pode negar que a desaposentação, visa uma melhora no bem estar do segurado, garantindo a ele uma aposentadoria mais vantajosa, melhorando sua qualidade de vida e de seus dependentes, em perfeita consonância com a Constituição Federal, quando garante à todos o direito à vida, à dignidade e ao trabalho.

Referências:

- ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. *Seguridade social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9311>>. Acesso em: 15 maio 2012.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7ª Edição. São Paulo: LTR, 2006.
- COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: Um Novo Instituto?. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTR, n.º 228.
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. *Revista de Previdência Social*, ano XXIX, nº 301, dezembro de 2005.
- CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e Nova Aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, Ano XXVII, N.º 274, Setembro de 2003.
- DEMO, Roberto Luiz Luchi. Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário. *Revista de Previdência Social*, Ano XXVI, N.º. 263, outubro de 2002.
- VIEIRA MARCELO, Fernando. Desaposentação. São Paulo: Mizuno, 2012.
- ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio. Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

Notas:

22. Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
 - II - proteção à maternidade, especialmente à gestante
 - III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
 - IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
 - V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º
- § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.
- § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.
- § 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.
- § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.
- § 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.
- § 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.
- § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
- I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
 - II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.
- § 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.
- § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.
- § 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.
- § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.
- § 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.
- § 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.
23. Fator previdenciário é uma fórmula que tem por base o tempo de contribuição do trabalhador, sua idade e a expectativa de vida dos brasileiros no momento da aposentadoria.
24. Pecúlio é a compensação aos aposentados do INSS que trabalham e ainda contribuem. É devido ao segurado aposentado até 03/94 pelo Regime Geral de Previdência Social.

A Presunção no Crime de Estupro de Vulnerável Menor de 14 Anos

Olavo Ferreira dos S. Filho

*Bacharelado em Direito. FACSAL (Faculdade
Salvador). 9º semestre. 2012.2*

Introdução

O presente trabalho pretende analisar o tipo penal instituído pela Lei nº 12.015/2009, tendo por base a pesquisa do Crime de Estupro de Vulnerável Menor de 14 (catorze) anos.

No Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2. 848 de 7 de dezembro de 1940), o estupro foi elencado no Título VI – “Dos Crimes contra os costumes”, no Capítulo I – “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Com o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, houve alteração na nomenclatura, agora sob a epígrafe de “Crime contra a Dignidade Sexual”. Em suma, na observância da tipicidade penal, nota-se que no crime de estupro, o objeto material é o corpo da vítima que ao ser submetido à violência, há a ocorrência de ato ilícito, sendo que, o interesse tutelado pela norma penal é a liberdade sexual.

Nosso objeto de estudo ficará focalizado no tipo penal denominado “Estupro de Vulnerável”, mais especificamente na modalidade descrita no artigo 217-A, caput: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

Com foco temático, pretende-se explorar a questão da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, dos possíveis princípios constitucionais e da punição prevista nesta lei que tipifica a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos como estupro, independentemente das circunstâncias.

Inicialmente, abordaremos o conceito jurídico de estupro previsto no Código Penal, analisando aspectos anteriores e posteriores à Lei 12.015/2009, além de sua classificação doutrinária.

Em seguida entraremos no estudo do crime estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, fazendo uma descrição minuciosa do tipo penal, descrevendo suas características, inclusive aquela da hediondez, e ainda indicando a sujeição ativa e passiva.

Trataremos da vulnerabilidade do menor de 14 anos, fazendo uma breve descrição sobre a sua natureza jurídica; e ainda uma breve análise do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Analisaremos a presunção de violência descrita no crime, apontando as contravérsias doutrinárias e jurisprudenciais; verificando a fundo decisões e casos concretos; fazendo comparações e previsões das consequências da norma penal.

Além disso, abordaremos alguns princípios

constitucionais possivelmente abarcados no caso em comento, de modo a entender sobre a adequação entre estes e a lei penal em estudo.

Nesse sentido, este projeto está orientado para uma pesquisa cujo problema pode ser apresentado da seguinte forma: a presunção quanto à vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta ou relativa?

A previsão disposta no caput do artigo 217-A é bastante clara, não deixando nenhuma dúvida quanto à sua interpretação literal. A lei presume, *iuris et de iure*, que pessoas menores de 14 anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais e pune – muito severamente, como veremos – todo aquele cometa este tipo de crime.

Note-se que não são elementares para caracterização do crime de “estupro de vulnerável” violência ou grave ameaça. Basta a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, com menor de catorze anos, para que haja consumação do delito. Não há mais como negar a concentração do “*jus puniendi*” estatal sobre o indivíduo que pratica a referida conduta. E em razão disso é que faremos um estudo em face de sua concretude.

Situação que também será abordada nesta ocasião, será a reforma da lei, a qual traz grande influência também na orientação do preceito secundário, ou seja, que diz respeito à cominação penal do dispositivo em questão.

Acerca dos fatos, estudaremos a liberdade sexual, sob o aspecto do bem jurídico, que por se tratar de menor de 14 anos, e seu consentimento ainda que existente, pode ou não ser considerado válido, e se esse consentimento da vítima eliminaria ou não

a tipicidade da conduta. Juridicamente, como seria o menor de 14 anos perante a sua manifestação; perante o seu grau de desenvolvimento; e ainda, perante as capacidades física e psíquica suficiente para saber (ou não) sobre sexo e querer (ou não) praticá-lo.

A hipótese/pressuposto que orienta esta investigação terá base na alteração do tipo penal em exame o qual acarreta intensas discussões no âmbito jurídico penal; e na segunda alteração que diz respeito à carga punitiva – oito a quinze anos de reclusão – significativamente bem mais rigorosa do que as penas cominadas para o tipo básico de estupro comum.

No que diz respeito ao desenvolvimento da pesquisa propriamente dita, estima-se que seja necessário utilizar um levantamento com base em Doutrinas e Jurisprudências que postulam o mais próximo da realidade vivida pela sociedade.

Como objetivo geral, devemos considerar a intenção de avaliar o caso de forma abrangente sobre os fatos que enseja a sanção penal que o legislador quis para quem pratica tais atos. Nesta oportunidade veremos o que de fato o legislador buscou quando na formulação de tal norma penal, a ponto de saber o que e por que ele quis tutelar dessa ou daquela forma, verificando o conceito de sua intenção.

Para os objetivos específicos, notam-se os seguintes itens:

1- Analisar o crime estupro de vulnerável em todos os seus aspectos, sejam eles morais ou sociais.

2- Descrever sobre a literalidade do artigo

217-A, no que diz respeito à tipicidade e à aplicação da pena. Com isso, verificar o conjunto intimamente ligado, na questão da presunção de vulnerabilidade e dos princípios constitucionais abarcados.

3- Contribuir para uma nova visão da lei sobre este fato, considerando a realidade social e a multiplicidade de situações relacionadas com o novo tipo penal, que deu uma nova roupagem ao delito sexual em estudo.

A análise de tais questões podem nos levar a compreender de maneira mais específica os fatos narrados e apresentados, analisando a severidade (ou não severidade) que a referida lei propaga. Além de tudo, compreenderemos os resultados referentes à eficiência e eficácia do instituto penal, de modo a entender sobre a necessidade, quanto à eficiência e quanto à eficácia do mesmo.

Para seguir adiante, devemos fazer uma reflexão também dos tempos de extremo conservadorismo em que o Código Penal foi elaborado, bem como dos criadores das leis, senadores e deputados – às vezes analfabetos, no sentido literal da palavra – os quais responsáveis pelo destino do país e conseqüentemente da sociedade.

Bem, sabemos que o tema abordado é complexo, passível de controvérsias, dotado de interpretações múltiplas e conclusões distintas. Sabemos também que o presente trabalho não será capaz de esgotá-lo devido as suas limitações, e sempre haverá algo mais a desvendar. No entanto, procuraremos contemplar os aspectos que julgamos mais relevantes para que assim sejamos capazes de elucidar e esclarecer os fatos narrados.

Para isso, usaremos uma metodologia que seja o mais coerente e concisa possível. Então, finalmente, apresentaremos uma conclusão ao caso estudado, mostrando a síntese do conteúdo pesquisado, as informações relevantes, os apontamentos essenciais e as diretrizes para futuras pesquisas sobre o mesmo tema, e/ou evoluções deste. Lógico que não seremos capazes de discorrer sobre tudo quanto foi examinado durante o processo de pesquisa, mas sim, focar exatamente na proposta, no tema eleito, de forma a apontar tal situação e os caminhos de resolução da problemática levantada. Nesta importante etapa da pesquisa apresentaremos o fechamento de um ciclo de estudo essencial ao progresso do País. Desse modo, apontaremos nossas opiniões, anunciaremos nossos entendimentos e interpretações, e então apresentaremos possíveis propostas e soluções assim verificadas.

CONCEITO JURÍDICO DE ESTUPRO

O estupro consiste em atentar contra a liberdade sexual de uma pessoa. É o crime de constranger alguém, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou à prática de outro ato libidinoso (por exemplo, o sexo oral ou anal, ou beijo lascivo), bem como a permitir que com ele se pratique (forma passiva) outro ato libidinoso (NUCCI, 2009, p. 811). “Estupro vem de *stuprum*, que no direito romano equivalia a qualquer congresso sexual indevido, compreendendo inclusive a pederastia e o adultério” (COSTA JÚNIOR, 2000, p. 501). Previsto no artigo 213 do Código Penal,

assim lecionava: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Com a lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, veja a alteração:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º - Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A Lei 12.015/2009 unificou os tipos penais dos artigos 213 e 214 em uma só figura (art. 213), tornando-o tipo misto alternativo. Portanto, a prática da conjunção carnal e/ou de outro ato libidinoso, contra a mesma vítima no mesmo contexto, é crime único.

O estupro é um crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (o resultado naturalístico é o efetivo constrangimento à liberdade sexual sofrido pela pessoa, com eventuais danos físicos e traumas psicológicos); de forma livre (admite-se a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso); comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente (NUCCI, 2009, p. 812).

DO CRIME ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A nova lei, no Capítulo II, criou o estupro de vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º - Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º - Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Minuciosamente, Guilherme de Souza Nucci descreve os elementos objetivos do tipo: Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por outra causa (motivo, razão), não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo) (NUCCI, 2009, p. 826).

Com a Lei 12.015/09, houve também nova redação ao artigo 1º, inciso V e VI da Lei

8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), tornando claro ser hediondo o crime estupro de vulnerável. Foi através da Lei de Crimes Hediondos que o legislador trouxe novamente ao direito a teoria penal absoluta para qual a forma mais eficaz de se combater a criminalidade é aplicar leis mais severas, pois, a única forma de se prevenir o crime é impondo a sociedade um sistema punitivo severo e sofrido para o criminoso. Seria crime hediondo “toda conduta delituosa que fosse revestida de excepcional gravidade, tanto na execução quanto no bem jurídico ofendido ou até mesmo pela especial condição da vítima”. (LEAL, 2005, p. 37).

O sujeito ativo do crime estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência) (NUCCI, 2009, p. 826).

DA VULNERABILIDADE EM MENOR DE 14 ANOS

Orientados por um critério de política criminal que prevalecia na época em que foi levado a efeito o projeto de Código Penal, que se transformou no Decreto-Lei nº 2.848/40, os membros da comissão revisora concluíram que aquelas pessoas que não haviam completado os 14 anos de idade, não importando o sexo, se masculino ou feminino, não tinham maturidade suficiente para discernir sobre os atos de natureza sexual.

“Do latim *vulnerabile*, a palavra vulnerável significa o que se encontra fraco ou indefeso (XIMENES, 2000, p. 971).

Demonstra sempre a incapacidade ou fragilidade de alguém, motivada por circunstâncias especiais. Para o legislador penal, o adjetivo “vulnerável” foi utilizado com função substantiva para indicar o sujeito passivo desta modalidade de crime sexual mais grave, que na verdade será sempre uma pessoa fragilizada, incapacitada física ou mentalmente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até os 12 anos de idade, mas o Código Penal estende a proteção penal integral, também aos adolescentes menores de 14 anos. Pelo conteúdo formal da norma, a liberdade sexual destes seres ainda em formação é assegurada de modo absoluto e sem exceções.

A vulnerabilidade é inerente à pessoa menor de 14 anos. Por regras de experiência, captadas pelo legislador, estas pessoas não têm discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. De todo modo, são previstas as formas qualificadas pelo resultado, pois é possível ocorrer a relação sexual com efetivo emprego de violência. Nesse caso, o resultado pode atingir consequências mais graves, como as lesões ou a morte da vítima.

DA PRESUNÇÃO

Foi um prático da Idade Média, Carpzovio, a primeira a estabelecer a violência presumida, também denominada violência ficta ou indutiva, baseada no Digesto: aquele que não pode querer, logo não quer (*quitvella non potuit, ergo noluit*)

(COSTA JUNIOR, 2000, p. 518).

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940. No entanto, a doutrina e a jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada (GRECO, 2012, p. 532).

Com a criação da Lei 12.015/2009, o legislador considera que a pessoa nesse estágio de desenvolvimento, ainda não tem maturidade sexual. A grande peculiaridade aqui, diz respeito à ausência da elementar violência ou grave ameaça do tipo penal, por ter compreendido o legislador que a vontade do menor de 14 anos não é válida. A sexualidade é um dos mais importantes atributos do ser humano, que só pode ser exercida segundo a livre vontade da pessoa, qualquer pessoa. Se a pessoa não pode exercer sua vontade, por não entender ou por não ter meios para resistir, deve ser protegida. A princípio poder-se-ia imaginar que vulnerável é a pessoa menor de 14 anos e também aquela que, por

enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. O conceito é absolutamente claro e que não mereceria qualquer comentário, diante da aparente clareza da norma.

Então, seria a vontade da norma proibir, sob ameaça de sanção penal, a prática de todo e qualquer ato libidinoso com todo e qualquer menor de 14 anos?

Agora, em regra, a discussão deixaria de existir, porque o legislador não mais exige a elementar “grave ameaça ou violência”, no caso do sujeito passivo ser menor de 14 anos. Dessa forma, as condições aludidas passam a integrar o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, com sanções próprias, distintas das reprimendas impostas ao sexo praticado com violência real. Antes disso, o operador do direito necessitava lançar mão da ficção legal contida no artigo 224 para lograr enquadrar o agente nas penas do artigo 213 ou do revogado artigo 214. Agora, a subsunção típica do fato será direta no artigo 217-A, onde a presunção é absoluta. Há doutrinadores que entendem de forma diversa da lei e dizem a presunção ser relativa, mas a Jurisprudência tem entendido pela presunção absoluta. O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos HC 94818/MG e 97052/PR, de que foram relatores, respectivamente, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Dias Toffoli, decidiu que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e ainda mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para

a caracterização do estupro. Veja os julgados dos HC 94818/MG e 97052/PR, respectivamente:

EMENTA. HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO ESTUPRO DE MENOR DE QUATORZE ANOS SERIA RELATIVA EM RAZÃO DO CONSENTIMENTO DA OFENDIDA: IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO QUANDO A VÍTIMA É MENOR DE QUATORZE ANOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro.

2. Habeas Corpus indeferido.

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto.

Seguindo este mesmo sentido, Emiliano Borja Jiménez diz que a “indenidade sexual é um conceito que se utiliza para abarcar as hipóteses nas quais a vítima não goza de liberdade sexual, seja momentânea, seja por um espaço de tempo mais ou menos permanente” (JIMÉNEZ, 2003, p. 156). Deste modo, entende o autor que, sendo a pessoa menor de 14 anos, despreza o seu consentimento para o ato sexual, pois se nota que pela peculiaridade da mesma, esta não tem capacidade para consentir. Assim, pelo motivo da idade, lhe falta maturidade suficiente para entender profundamente sobre sexo, além de não compreender integralmente o ato que pratica em virtude também de ainda conhecer pouco sobre as coisas da vida. Ainda segundo o autor, “a indenidade sexual está intimamente relacionada com a dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade” (Ibidem, p. 156). Então, o que se pode vislumbrar nesta situação é que, manter relação sexual com menor de 14 anos, em qualquer circunstância, estaria agredindo veementemente a dignidade humana. E a dignidade do ser humano, como assevera Daniel Sarmiento, em sua obra intitulada “*A ponderação de interesses na Constituição*”, “deve ser defendida e promovida em todas as suas dimensões pelo Estado Democrático de Direito, sendo tarefa primordial deste” (SARMENTO, 2002, p. 99). Dessa forma, não se pode tratar o corpo humano como mero objeto de desejo sexual.

E neste sentido segue Greco (2012, p. 531): “sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois,

para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade”. Desse modo, entende que o menor de 14 anos ainda não pode querer a realização de relações sexuais, uma aliança à Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70), o qual esclarece: “O fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”. Assim, o que podemos entender é que, o consentimento naturalístico, pode existir, e, na maioria dos casos ele existe, no entanto não é juridicamente válido, por estar lhe dando com menor de 14 anos.

Segundo Greco (2012, p. 532), não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo – a idade –, a fim de criar outro, subjetivo. Assim, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. E assim conclui:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

Em seguida, o autor, com muita propriedade discorda daqueles que pensam sobre a presunção relativa, isto porque, “a

determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos” (GRECO, 2012, p. 533). Desse modo, existe um critério objetivo para análise da figura típica, ou seja, a idade da vítima. Além do mais, o núcleo ter, previsto pelo tipo penal não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça, ao contrário do verbo *constranger*. Então, basta, portanto que o agente tenha conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ainda que com consentimento da vítima. Em suma, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 anos.

Em sentido contrário, Capez (2012, p. 62) se direciona para uma análise mais específica: “Entendemos que a presunção não pode ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva”. Veja a situação, em que, um rapaz de 18 anos namora uma menina de 13 anos já a um bom tempo, de modo que é do conhecimento e aprovação da família, inclusive. Pois bem, então os dois resolvem ter relação sexual com consentimento mútuo. Desse modo, já tendo a menina um grau de discernimento elevado para a idade, bem como relevante desenvolvimento físico, sendo capaz de consentir o ato sexual, além de saber plenamente o que está fazendo, ora, não há por que considerar o rapaz autor de estupro, haja vista a presunção ter sido quebrada com as circunstâncias específicas do caso.

Sob a óptica de Capez (Ibidem, p. 62), o caráter relativo da presunção não se

confunde com a hipótese de erro do tipo, onde nesta o agente desconhece a idade da vítima, por motivos diversos, e assim, ignorando a existência da elementar da violência presumida. Veja um exemplo citado pelo autor:

Sujeito inexperiente vai a uma casa noturna, na qual só podem entrar maiores de 18 anos; lá conhece uma prostituta muito bem desenvolvida fisicamente, combina um programa e com ela se dirige a um motel; após apresentarem seus respectivos documentos de identidade na portaria, chegam ao cômodo, tão logo se encerra o ato sexual (negocial), a polícia invade o quarto e prende o agente, uma vez que a moça tinha apenas 13 anos de idade. Estupro de vulnerável com violência presumida. Duas alegações serão possíveis: (a) a moça tem desenvolvimento físico e psicológico prematuro e já possui razoável experiência sexual, não havendo presumir ter havido violência; (b) o agente não sabia, nem tinha como saber, que mantinha conjunção carnal com uma menor, pois ela estava onde só ingressam maiores, apresentou documento falso e tinha físico de adulto. A segunda hipótese é do erro de tipo essencial, o qual exclui o dolo e torna o fato atípico.

No mesmo sentido, Paulo José da Costa Junior, opina que a presunção não é absoluta, admitindo prova em contrário. Assim leciona o autor:

Além da aquiescência que possa haver na realização do ato sexual, deve-se levar em consideração o fato da pessoa menor de 14 anos já se mostrar experiente na prática sexual, de modo que já tenha praticado relações com outros indivíduos. Assim

sendo, a presunção é sempre relativa, pois a análise da questão pode mostrar outros caminhos mais flexíveis que aqueles da lei (COSTA JÚNIOR, 2000, p. 518).

Especialista em Direito Penal, Barros (2010, não paginado), em seu artigo “A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais” oferta grande contribuição ao tema, dotado de idéias abertas e coerentes. Veja a proposta do autor:

Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções absolutas. Portanto, a vulnerabilidade é relativa, porque, na época atual, estaríamos hipocritamente abstraindo a moderna realidade ao negarmos, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 anos seja absolutamente vulnerável e não tenha, repito, de forma absoluta, a mínima idéia do que seja uma relação sexual”. A vulnerabilidade absoluta ainda acarreta dois sérios problemas: “atenta contra o princípio da paternidade responsável e contra o princípio da harmonia familiar”. Analise as situações: (a) Imagine que uma mulher com 13 anos esteja grávida e o pai negue a paternidade. Você acha que o suposto pai vai querer fazer o exame de DNA para depois ser condenado em uma pena que varia entre 8 e 15 anos de reclusão? (b) Imagine que uma mulher com 13 anos esteja grávida e o pai quer assumir a paternidade e casar com seu grande amor. Conforme o art. 1.520 do Novo Código Civil: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso

de gravidez”. Pois bem, em contato com a habilitação de casamento, o Promotor de Justiça, em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, terá que requerer a instauração de inquérito policial e futuramente terá que denunciar o ator da gravidez, para que ele possa ser condenado em uma pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão. E nem pense que o casamento da vítima com o autor do delito extingue a punibilidade, pois o inciso VII do Código Penal, que autorizava tal extinção, foi revogado pela Lei nº 11.106/2005. Também não pense que o representante legal da vítima pode conceder o perdão do ofendido, pois perdão é instituto da ação penal privada e a Lei nº 12.015/ 2009, tornou o estupro de vulnerável crime de ação penal pública incondicionada.

Outro aspecto relevante seria analisar a visão de José Ângelo Gaiarsa:

Se quisermos um mundo menos violento (e mais feliz) temos que rediscutir – pensando na coletividade e no futuro da espécie – o erotismo infantil e a permissão sexual para adolescentes. Sinteticamente: quem está muito interessado em sexo e prazer não está muito interessado em violência.[...] a relação recíproca entre prazer e violência é altamente significativa, porque certas experiências sensoriais durante os períodos iniciais do desenvolvimento criam uma predisposição neuropsicológica para comportamentos posteriores, estejam eles orientados para a violência ou orientados para o prazer. (GAIARSA, 1986, p. 21-27, grifo nosso).

Guilherme de Souza Nucci salienta que a alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na

relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena.

Enxerga o autor que, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos.

Nas palavras de Nucci (2009, p. 829-830, grifo nosso):

O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamentos reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos a oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos, deveria ser eliminada desse cenário.

Será que a lei não tem condições de evoluir junto com nossa própria evolução? Será que essa nova lei estaria regredindo ao tempo em que o Código Penal foi elaborado? E mais, aqueles tempos são iguais aos novos tempos de agora?

A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, deve sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possuía 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena

capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do artigo 218-B (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável), o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da criança (Ibidem, p. 830).

Pois bem, na visão do autor, se percebe que a vulnerabilidade do menor de 12 anos (criança) é absoluta, pois bem sabemos que uma criança é indefesa para muitos atos da vida, inclusive este. No entanto, tendo 12 ou 13 anos (adolescente), a vulnerabilidade seria relativa. Então, “a completa incapacidade torna absoluta a vulnerabilidade; e a pouca, mas existente, capacidade de resistir faz nascer a relativa vulnerabilidade” (Ibidem, p.830).

Nucci (2009, p. 37), em sua obra “*Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*”, preleciona que, mesmo após a edição do novo tipo penal, a discussão ainda se mantém, dizendo que:

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu

consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será impossível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Pois bem, no dia 27 de março de 2012, a Terceira Seção (Reunião da 5ª e 6ª Turmas) do STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu sobre o tema. No julgado (RESP-1.021.634/SP), a matéria discutiu o caso de um homem acusado de estupro de três meninas de 12 anos que se dedicavam à prostituição. A decisão diz respeito ao artigo 224 do Código Penal, revogado com a lei 12.015/2009. O texto vigente à época do caso julgado dizia que “presume-se a violência se a vítima não é maior de catorze anos”. No julgado, por seis votos a cinco, a Corte firmou o entendimento que no caso de estupro de vulnerável, a presunção de violência é relativa. Assim considerou que atos sexuais com menores de 14 anos podem não ser caracterizados como estupro, a depender do caso concreto. Veja:

EMENTA.PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, "A", DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE

DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, "a", do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.

2. Embargos de divergência acolhidos.

No entendimento da relatora do caso, a ministra Maria Thereza de Assis Moura, “não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado – a liberdade sexual –, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo”. Veja trechos do acórdão:

O Magistrado a quo tanto durante a instrução processual quanto no desfecho da lide demonstrou singular sensibilidade no exame do acervo probatório, em especial os depoimentos prestados por todos os envolvidos, réus, vítimas, pais e conselheiros tutelares da comarca, em contato pessoal e direto com o material coligido, e a conclusão abraçada, o afastamento da presunção de violência em relação às vítimas, menores de 14 anos, visto que 'nenhum pouco inscientes das coisas relativas ao sexo', é a solução que melhor se amolda ao caso vertente. (...) Incontestemente a ocorrência dos atos sexuais praticados, mas o mesmo não se pode dizer quanto à existência de constrangimento (em qualquer de suas modalidades), visto que em momento algum houve o emprego de violência real ou grave ameaça para a consecução dos atos. Para a configuração dos delitos sexuais em apreço, por presunção de violência em

razão da idade da vítima, menor de 14 anos, faz-se necessário que o agente aproveite-se de sua inocência, ingenuidade nas coisas afeitas ao sexo, e usando desse ardil consiga a satisfação de sua lascívia. Tal não aconteceu no caso em apreço. Toda a prova coligida indica que as menores já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data, basta atentar-se para seus depoimentos em juízo (...). A própria genitora de Aline, Marinalda Rodrigues, confirmou em juízo que sua filha lhe confidenciou que: 'quando enforcava aulas, ficava na praça com Amanda, Patrícia e Silvana', a fim de fazerem programas com homens em troca de dinheiro (...). Ora, sendo assim, não foram, pois, iludidas em sua ingenuidade, subjugadas em sua liberdade sexual. Ao contrário, como bem destacou a r. sentença, 'no presente caso, a prova trazida aos autos demonstra, fartamente que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo'. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais restou denunciado". (fls. 461/469).

O assunto causou muita polêmica e discussão. A ministra Maria do Rosário, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, repudiou a decisão. Em nota, disse que os direitos humanos das crianças e dos adolescentes “jamais podem ser relativizados”. “Na prática”, afirmou, “significa uma impunidade para um dos crimes mais graves cometidos na sociedade brasileira”. Na

opinião do presidente da ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República), o procurador regional da República Alexandre Caminho de Assis, a decisão foi um salvo-conduto à exploração sexual. “O tribunal pressupõe que uma menina de 12 anos estaria consciente da liberdade de seu corpo e, por isso, se prostitui. Isso é um absurdo”.

Pois, veja o que diz o renomado Greco (2012, p. 533, grifo nosso): “Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*”.

Então, o STJ teria decidido mal? Houve afronta à Constituição?

Segundo o STJ, a sentença não diz respeito à prostituição infantil, mas de uma “acusação de estupro ficto, em vista unicamente da ausência de violência real no ato”. Para o STJ, a sentença não viola a Constituição Federal, havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que afirmam a relatividade da presunção de violência no estupro contra menores de 14 anos. Outro tema que estaria fora de pauta seria o da pedofilia. “A única questão submetida ao STJ foi o estupro – conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça – sem ocorrência de violência real. (...) Se houver violência ou grave ameaça, o réu deve ser punido. Se há exploração sexual, o réu deve ser punido. O STJ apenas permitiu que o acusado possa produzir prova de que a conjunção ocorreu com consentimento da suposta vítima”.

Bem, o que podemos dizer, e com

propriedade, é que a decisão do STJ é uma reafirmação do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão. Em 1996, o ministro Marco Aurélio Mello, relator do habeas corpus de um acusado de estupro de vulnerável, disse, no processo, que a presunção de violência em estupro de menores de 14 anos é relativa. Veja a ementa do HC 73662 MG, julgado em 20/05/1996, pela Segunda Turma do STF:

ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal.

Com o desenrolar dos acontecimentos, entendemos que outras decisões poderão tomar este caminho, tendo base nesses precedentes que servem de apoio na motivação e fundamentação das mesmas. Veja o mais recente julgamento do STJ: AGRADO REGIMENTAL no RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.083 - MG (2012/0021954-8), julgado no dia 19/04/2012, do qual foi relator o Ministro Jorge Mussi, ora transcrito:

EMENTA. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E

PRÉVIA EXPERIÊNCIA. SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (RESP-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Estas decisões reafirmam o que é o Direito, ou seja, algo flexível e adaptável às mudanças do mundo, e em razão disso, é que nós, operadores do direito, seria melhor usar o termo “intérpretes do direito” (expressão usada pelo Prof. de Direito da Facsal, João Teles), deveremos ter a necessidade de acompanhar estas transformações e buscar por meio de uma luta diuturna a melhor solução para as pretensões da sociedade.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inicialmente faremos relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Então, sendo a presunção de vulnerabilidade absoluta, é possível haver meios de defesa?

Quanto ao princípio da presunção de inocência, artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *in verbis*: Ninguém

será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Desse modo, será que a vulnerabilidade absoluta não gera culpabilidade antecipada?

Por fim, o princípio da proporcionalidade, que é oferecer ao caso concreto uma solução ajustadora de condenação e cominação de bens jurídicos. Será que pena de 8 a 15 anos de reclusão para o sujeito ativo do estupro de vulnerável é proporcional? Há quem entenda que sim, já que o Estado deva exercer seu poder punitivo sem se afrouxar. Outros entendem que, o legislador ao estabelecer pena tão severa, estaria ferindo o princípio da proporcionalidade, haja vista que, com quem comete um homicídio simples, por exemplo, a pena mínima é de 6 anos de reclusão. No entendimento destes, o juiz, poderá deixar de aplicar a norma do artigo 217-A se buscar algum fundamento constitucional no caso concreto, como a violação à referida proporcionalidade. Ademais, e assim também pensamos que, a pena deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Se fizermos uma relação, deveremos saber que a dignidade humana está acima da liberdade sexual, pois esta é apenas uma espécie da primeira.

CONCLUSÃO

O menor de 14 anos ainda se encontra no período de formação física, psicológica, moral e social, e por isso, entendemos que o legislador quis protegê-lo de forma mais abrangente, em face da vulnerabilidade que este apresenta, sobretudo perante a rede de pedófilos que amedrontam e corroem a sociedade. Tanto é, que a sanção é dura quando se trata da tutela ao vulnerável, e por este motivo, parabênizo e aplaudo o legislador. É aparente sua boa intenção e sensibilidade quando na formulação da punição para aqueles que cometam este tipo de delito sexual.

De fato, as crianças e adolescentes desse país merecem proteção, sobretudo quando se trata de sexo, em meio a tantos outros problemas sociais. Além disso, temos a dura luta de combater a prostituição infantil que acaba por destruir uma passagem da vida tão importante, que é a infância.

No mais, é um absurdo que alguém queira realizar suas libidos por meio de atos sexuais com crianças. Não podemos admitir que isso ocorra e passe despercebido aos nossos olhos, pois acima de tudo, estas crianças são seres humanos, e por hora, bastante delicados e frágeis. Fatos assim não estão longe de nossa realidade, haja vista ter ocorrido recentemente violência sexual com crianças, onde o sujeito que tinha a posição de garantidor inclusive, tenha cometido tais barbaridades com pessoas totalmente indefesas. Assim, repudiamos de todas as formas tais atos, lembrando ainda que nas nossas famílias também existem crianças, e que podem estar sujeitas à serem vítimas de

um crime tão absurdo. E em razão disso é que entendemos pela presunção absoluta quando se tratar de criança – menor de 12 anos – haja vista esta ser, de todas as formas, incapacitada para o ato sexual. Do mesmo modo, quanto àquele que aproveita da inocência, bem como, da ingenuidade da vítima sobre sexo, para satisfazer sua lascívia, pensamos ser absoluta a presunção.

No entanto devemos defender a questão jurídica da presunção de vulnerabilidade, analisando o caso concreto e averiguando a fundo o histórico que enseja a determinada situação fática. Veja, se o caráter absoluto for considerado em todos os casos e não levando em consideração a existência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, além da presunção de inocência, de vez, estaríamos implantando no direito brasileiro, a responsabilidade objetiva. E esta, tão depravadora, faz com que o sujeito ativo responda pelo delito independentemente de culpa ou dolo, coisa que seria um enorme retrocesso para o Estado Democrático de Direito. Seria a mesma coisa falar que para o sujeito sofrer as consequências penais da conduta, não é necessário caracterizar-se a culpabilidade. Ora, devemos lembrar que a responsabilidade objetiva não é admitida no Direito Penal Brasileiro, uma vez que hoje, ela é afastada das legislações, predominando o chamado direito penal da culpa.

Além do mais, como imensa parte da doutrina, entendemos ser violado o elementar princípio da proporcionalidade, já que é prevista a mesma pena – e muito severa – em todos os casos, tendo em vista que o legislador dá mais valor ao bem

jurídico tutelado, neste caso aqui, a dignidade sexual, do que a própria vida, que é o bem maior. Não sabemos o porquê de pena tão grave, podendo ser maior até que aquela aplicada ao crime de homicídio simples. Nos parece que a pena não guarda a devida proporção ao fato típico descrito.

Optamos também em acompanhar aqueles que pensam que nenhuma lei pode impedir alguém com capacidade plena de exercer livremente a sua sexualidade. O que a lei deve é proteger o menor que não esteja apto a exercer a sexualidade livremente, e não criar barreiras àqueles que sabem o que é o sexo, além de querê-lo. Bem assim, sabemos que não se pode ignorar que há, no mundo moderno, jovens com menos de 14 anos com pleno desenvolvimento físico e psíquico, capazes plenamente de discernir sobre os atos da sexualidade, e, igualmente, perfeitamente aptos a exercê-la com plena liberdade, que, por esta razão, não podem ser proibidos de ter vontade. Então não seria justo coibir algo que nestes casos específicos, só fazem bem às pessoas.

Não entendemos ser a lei inconstitucional, no entanto apresentamos como solução ao tema, a proposta de que a previsão penal passe por uma reestruturação e se adéque à ocorrência do fato. Sugerimos que, é necessário interpretar a norma do caput do artigo 217-A em harmonia com a norma contida no seu § 1º e daí extrair o conceito de vulnerável. Pensamos que a letra da lei deveria ser mais maleável e estar de acordo à realidade social, fazendo-se necessário a análise do caso concreto, e desse modo, sobre a

presunção de violência no caso de vulnerável, entendemos ser relativa.

Referências:

- BARROS, Francisco Dirceu. A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais. Jus Navigandi. Disponível em: www.jus.com.br/revista/texto/17215/a-natureza-juridica-da-vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais. Acesso em: 06 de maio de 2012.
- BRASIL, Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940).
- BRASIL, Constituição (1988).
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, vol. 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal: curso completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GAIARSA, José Ângelo. Poder e Prazer. São Paulo: Editora Ágora, 1986.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, Vol. III. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Curso de Política Criminal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- LEAL, João José. Crimes hediondos: a Lei 8072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral/parte especial. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- STJ. Negar estupro de vulnerável não libera prostituição infantil. Terra. Disponível em: noticias.terra.com.br/brasil/noticias/STJ+negar+estupro+de+vulneravel+nao+libera+prostituicao+infantil.html. Acesso em: 20 de maio de 2012.
- XIMENES, Sérgio. Dicionário da Língua Portuguesa. 2. ed. reform. São Paulo: Ediouro, 2000.

Artigos e Autores

Crise do Sistema Penitenciário;

Alex Rodrigo De Mattos Duarte

Assédio Sexual, Caracterização e Eficácia para o Direito Penal;

Alfredo C. Mueller

Antecipação Parcial do ICMS para Remessas ao Estado da Bahia Através de Compras Feitas pela Internet ou Telemarketing;

Jacob Daniel Broder

Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor: Direito e Garantia Fundamental do Cidadão;

Edinéia M. Rodrigues de Almeida

Os Contratos de Consumo e a Relação de Catividade;

Germana Pinheiro de Almeida

Parâmetros para um Adequado Ativismo Judicial em Prol da Efetivação das Normas Constitucionais;

Lucas Marques Luz da Ressurreição

Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto;

Luiz Carlos Soares da Silva

Desaposentação no Regime Geral de Previdência Social;

Luisa Maria Correia da Silva Tápia

A Presunção no Crime de Estupro de Vulnerável Menor de 14 anos.

Olavo Ferreira dos Santos Filho

e-JUS
Revista de Direito



Reconhecida pela portaria MEC nº 862,
publicada no DOU de 27/03/02



Reconhecida pela portaria MEC nº 3.372,
publicada no DOU de 06/12/02

Av. Jorge Amado, 780, Imbuí
Salvador - BA
(71) 3496-4050