

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 21cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

É com imenso prazer que apresentamos o 5º exemplar da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiáí.

O presente exemplar retrata, pela diversidade de temas, a pluralidade de idéias que reina na área jurídica atual.

Há nesta revista artigos relativos a direito penal, direito do trabalho, direito processual civil, direito financeiro e tributário, direito civil e teoria geral do Estado.

Tal fato é extremamente positivo, vez que a multidisciplinaridade enriquece o universo pessoal e também o jurídico.

Pretendemos propiciar ao leitor uma visão rica e atual sobre temas jurídicos relevantes e que têm influência direta no dia a dia das pessoas.

Esperamos que o leitor possa, com a leitura da presente edição da Revista da Faculdade de Direito, expandir seus horizontes e passar momentos agradáveis.

Boa leitura e até a próxima.

CONSELHO EDITORIAL.

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Jorge Luiz Souto Maior

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Secretária

Inês Celina de Oliveira Polini

Correspondência

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiá/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

anchieta@anchieta.br • www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

Revisão

João Antonio de Vasconcellos

Tiragem

1.800

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

Índice

<i>Direito do trabalho e desenvolvimento econômico - um contraponto à teoria da flexibilização</i>	
<i>Jorge Luiz Souto Maior.....</i>	<i>7</i>
<i>Tempo do crime</i>	
<i>Márcio Franklin Nogueira.....</i>	<i>23</i>
<i>O regime jurídico-tributário da factoring no Brasil</i>	
<i>Jean Marcel Mariano de Oliveira.....</i>	<i>37</i>
<i>Responsabilidade civil do notário público</i>	
<i>Cláudio Antônio Soares Levada.....</i>	<i>53</i>
<i>Obrigação tributária e sujeição ativa</i>	
<i>Alexandre Barros Castro.....</i>	<i>57</i>
<i>Um enfoque atual do s�lrio-utilidade</i>	
<i>Rosana do Nascimento Pelaez.....</i>	<i>65</i>
<i>A garantia de emprego no direito brasileiro</i>	
<i>Ediv�nia Bianchin.....</i>	<i>83</i>
<i>Uni�o entre pessoas do mesmo sexo</i>	
<i>Luciana Cordeiro de Souza.....</i>	<i>97</i>
<i>Ci�ncia política e teoria geral do estado: Realidades inconfund�veis</i>	
<i>Ricardo Rodrigues Gama.....</i>	<i>115</i>
<i>Antecedentes hist�ricos do c�digo penal de 1940 - a import�ncia de Alc�ntara Machado</i>	
<i>Alexis Augusto Couto De Brito.....</i>	<i>123</i>
<i>Reformas do estado: o poder como objetivo da revolução e do golpe de estado</i>	
<i>Carlos Eduardo Thomaz da Silva.....</i>	<i>137</i>
<i>NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINALS.....</i>	<i>149</i>

DIREITO DO TRABALHO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Um Contraponto à Teoria da Flexibilização*

Jorge Luiz Souto Maior*

O tema em debate põe em evidência a relação entre direito e economia. Mais precisamente, pretende investigar em que o direito do trabalho pode auxiliar - ou prejudicar - o desenvolvimento econômico.

Essa investigação pressupõe, no entanto, a fixação de um ponto de partida específico, isto é, se o pressuposto da análise é a preocupação com o desenvolvimento ou se, do contrário, é a realização de justiça social, isto porque, embora direito e economia exerçam influência um sobre o outro, não há uma relação direta e imediata de crescimento econômico com justiça social. Crescimento econômico não representa, de forma inexorável e na mesma proporção, um desenvolvimento social. Com efeito, em 1996, os Bancos tiveram lucros exorbitantes, e mesmo assim mantiveram política de corte de pessoal. O Bradesco, por exemplo, no ano de 1996, obteve um lucro de R\$824,4 milhões e mesmo assim seu número de empregados foi reduzido de 52.886 para 45.871¹. Assim, parece correta a observação de que não é privilegiando o desenvolvimento econômico que se trilha o caminho da justiça social².

Creio, no entanto, que um observador, que tenha como ramo de seu conhecimento o direito, e mais especificamente o direito do trabalho, não pode ter outro ponto de partida que não seja a justiça social. Nesta perspectiva parece inquestionável que a preservação do direito do trabalho é o objetivo a ser perseguido, diante das visões que têm como ponto de partida o desenvolvimento econômico, ou mais precisamente, a crise econômica.

Mas essa não é uma tarefa fácil. A questão social foi deixada de lado, praticamente em todos os discursos, diante das "inexorabilidades" que decorrem dos novos fenômenos da globalização e da revolução tecnológica.

Há de se observar, todavia, que tanto a globalização quanto a revolução tecnológica, embora tenham, no momento atual, suas próprias feições, não representam uma novidade plena na história mundial. Já na antiguidade, na época do Império Romano, ou na Renascença, na época dos descobrimentos, a globalização era uma realidade, embora fosse identificada com outros nomes. A Revolução Industrial, por sua vez, causou o mesmo efeito que hoje provoca a revolução tecnológica.

⁽¹⁾ Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP. Juiz do trabalho, Presidente da 3a. J.C.J. de Jundiaí/SP.

¹. Folha de São Paulo, ed. de 09/03/97, p. 2-14.

². "As Novas Tendências do Direito do Trabalho", dissertação para concurso à livre-docência de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da USP, 1973, p. 36.

No Brasil esse embate entre o direito do trabalho e a economia ocorre há pelo menos quatro décadas. Revirando o valioso manancial da Revista LTr, encontra-se na edição n. 237, de maio de 1957, artigo escrito por Hélio de Miranda Guimarães, intitulado, "Morre o Direito do Trabalho?". Nesse artigo, o autor questiona o futuro do direito do trabalho, em frente daquilo que chama de Segunda Grande Revolução Industrial. Explica que o capital se cansou de ser pressionado pelo inchaço da legislação trabalhista, que passou a consumir grande parte de seu lucro, e, então, iniciou a substituição da mão-de-obra pelo "robot". Com isso, o direito do trabalho estaria fadado a desaparecer e por sua própria culpa. Ao final, no entanto, o autor, ainda que sem querer entrar no campo profético, arrisca-se a dizer que o direito do trabalho não iria desaparecer e que os trabalhadores não precisariam imitar King Ludd, pois novas formas de trabalho iriam surgir e que estas necessitariam de regulação, em benefício da coletividade, mantendo-se, assim, a pertinência do direito do trabalho. A publicação desse artigo, ao que tudo indica, teria sido uma resposta ao Prof. Pinto Antunes, que em aula inaugural dos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da USP, publicada no Jornal O Estado de São Paulo, na edição de abril de 1957, pregava o desaparecimento do Direito do Trabalho. Em 1999, ainda estamos travando a mesma discussão, mas é ainda plenamente válida a previsão de Miranda Guimarães.

O que há de verdadeiramente novo no momento presente é a falta de um contraponto ideológico. A queda do muro de Berlim representa para a teoria liberal a possibilidade de se apresentar sem limites.

Conseqüência disso, no âmbito das relações de trabalho, é o surgimento, inicialmente, da teoria da flexibilização e, num segundo momento, da idéia de desregulamentação. Como explica Barbagelata, "é fácil atualmente constatar que os empresários e suas organizações já não se limitam a regatear e a tratar de minimizar o alcance dos dispositivos favoráveis aos trabalhadores, mas eles próprios agitam plataformas de reivindicações onde não se trata simplesmente de pôr freio às reformas, mas o que se postula é voltar atrás, flexibilizando ou mesmo suprimindo as garantias contidas na legislação trabalhista³ .

A teoria da flexibilização avança sem qualquer oposição em termos ideológicos. O fundamento da flexibilização, que em princípio era a adaptação a um momento de crise econômica, já tem assumido um discurso de irreversibilidade e até atingindo países em que a questão da crise econômica nem seria posta em questão⁴ .

Mas, é claro, esta situação não se apresenta como tal. Apresenta-se ideologicamente, de modo a obscurecer os interesses em jogo. Aliás, a ideologia tem mesmo esse papel, qual seja, o de demonstrar que o interesse de uns é o interesse de todos. O que proponho aos leitores é tentar ver além das idéias dominantes.

³. Héctor-Hugo Barbagelata. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão técnica de Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo, LTr, 1996, p. 140.

⁴. Barbagelata, op. cit., "O particularismo...", p. 146.

Para concretizar o objetivo de dismantelar a legislação trabalhista, a ideologia neoliberal procura impor a noção de que o direito do trabalho foi o causador da crise econômica, mais ou menos na mesma linha de pensamento de Malthus, segundo o qual os pobres são pobres por sua própria culpa⁵. Procura, também, convencer-nos de que o alto custo da mão-de-obra, gerado pelas regras trabalhistas, foi o que causou o alto índice de desemprego. E, por fim, identifica o Estado social como o culpado de tudo isso, já que teria sido obra sua a criação dos direitos sociais.

Essa visão, "data venia", é distorcida. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, dizer que o Estado social é uma enorme burocracia corruptiva e ineficiente, que inibe o avanço econômico e a democracia, e que, por outro lado, a sociedade civil é a fonte da liberdade, da cidadania e do desenvolvimento dinâmico da economia é, no mínimo, fechar os olhos e "ignorar cinqüenta anos de história"⁶. O Estado financiou a industrialização, incentivou a alfabetização e implementou programas sociais amplos de saúde e bem-estar. Inversamente, "em um século e meio de livre empresa, do século XVIII aos anos 30 deste, a América Latina sofreu os sete flagelos bíblicos, enquanto a mão invisível do mercado assistia: genocídio, fome, doenças, tirania, dependência, desterro e exploração"⁷.

Em segundo lugar, uma quantidade menor de direitos trabalhistas não significa mais empregos. A desregulamentação, a despeito de servir para atacar o desemprego, acaba provocando mais desemprego. Conforme adverte Cláudio Salvadori Dedecca, "Se, no campo do debate político e mesmo acadêmico, o processo de desregulamentação era visto como um instrumento de oxigenação das empresas necessário para relançar o nível de produção e emprego, constata-se que, no movimento real da economia, as empresas têm aproveitado a maior desregulamentação para racionalizar produção e emprego e, portanto, para reforçar a lógica do desemprego"⁸. Isto porque a grande empresa, racionalizando sua produção, reduz o número de empregos protegidos pela legislação trabalhista. Essa mão-de-obra passa a se voltar para a pequena e média empresa e mesmo para o mercado informal, onde o trabalho não é protegido⁹. Com isso, o nível de desemprego tende a aumentar, até porque "não é clara a existência de uma relação entre desregulamentação

⁵. Nas idéias de Thomas Malthus, por exemplo, vai se encontrar a visão de que a grande virtude é viver contente com o que se tem e que não se deveria tentar uma revolução das coisas, como ocorreria na França. Além disso, a pobreza era fruto natural do aumento da população, em desproporção ao aumento do suprimento de alimentos. Nada se poderia fazer para melhorar a situação dos pobres - dizia Malthus, na primeira edição de sua obra -, ou melhor, somente os pobres poderiam se ajudar, não se reproduzindo tanto - disse já na segunda edição, em 1803. Ou seja, os pobres eram os únicos culpados por sua pobreza.

⁶. James Petras, "Intelectuais: uma crítica marxista aos pós marxistas", in Lutas sociais, n. 1, Núcleo de Estudos sobre Ideologias e Lutas Sociais, da PUC-SP, São Paulo, Xamã VM Editora, 1996, p. 9.

⁷. Idem, p. 10.

⁸. "Desregulação e desemprego no capitalismo avançado", in São Paulo em Perspectiva, Revista da Fundação SEADE, vol. 10, n. 1, p. 17.

⁹. Neste sentido, a informalidade não é causada pelo rigor da legislação trabalhista, tratando-se, isto sim, de efeito da flexibilização.

e recomposição da capacidade de geração de novos empregos das grandes empresas"¹⁰, ainda mais quando se tenha em vista que empregos precarizados e de curta duração, em verdade, equivalem a desemprego.

A mera desregulamentação das relações de trabalho não surte qualquer efeito em termos de redução do desemprego porque a cada ano novos contingentes de pessoas chegam ao mercado de trabalho e para "estes seguimentos da força de trabalho, que chegam para a vida produtiva com sangue novo, são oferecidos, quando possível, postos de trabalho não protegidos, instáveis e com remuneração relativamente mais baixa"¹¹. Isso pressiona o mercado de trabalho cada vez mais para baixo, sem que se resolva, estruturalmente, o problema do desemprego.

Neste mesmo sentido, interessante, a advertência de Viviane Forrester:

"Mas em nome de quê, meu Deus do céu, o país inteiro acreditou e os outros países, e os partidos de esquerda em primeiro lugar, e durante anos, acreditaram que a prosperidade das empresas seria equivalente à da sociedade, que o crescimento geraria empregos? E ainda acreditam, esforçam-se para acreditar, ou pelo menos pretendem! Nós já observávamos em 1980: 'Os partidos operários exigem o financiamento pelo Estado de empresas privadas que poderão continuar a explorá-los em benefícios de seus lucros e produzirão, alternadamente, emprego e desemprego, conforme as fatalidades do dia, as cotações da Bolsa, a moda das crises e as crises da moda.

*Sempre foi previsível que o 'auxílio à empresa' não criaria empregos, pelo menos não nas proporções profetizadas; nem de longe. Há dez ou 15 anos, afirmar isso teria sido audacioso, ainda tínhamos poucas provas. Hoje tornou-se uma evidência. Nem por isso se deixou de fazê-lo."*¹²

A precarização das relações de trabalho não é garantia de novos empregos e mesmo que o faça, conforme ressalta Márcio Túlio Viana, "o preço pode ser alto demais, pois implica, quase sempre, em perda do poder político da classe trabalhadora e - por conseqüência - mais precarização no futuro"¹³.

O desemprego é causado por problemas estruturais, que não são gerados pelo direito do trabalho e que, portanto, não se resolvem pela ausência desse direito. Conforme acentua Cláudio Salvadori Deddeca:

"Após anos de desregulação e dominância dos mecanismos de mercados, a precariedade dos mercados de trabalho tem se traduzido em uma fragmentação dos interesses políticos e em um desmantelamento das instituições que amparam a democratização econômica e social nos países desenvolvidos - sindicatos e partidos - e do próprio aparelho do Estado. Neste sentido, resolver os problemas de emprego exige não apenas que se recomponha o sistema de regulação econômica e social - a dominância do interesse público sobre o privado e o aparelho de Estado - mas também que se articule os interesses políticos nesta direção.

¹⁰. Deddeca, op. cit., p. 17.

¹¹. Idem, p. 18.

¹². Viviane Forrester. *Horror econômica*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo, UNESP, 1997, p. 84.

¹³. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98*. São Paulo, LTr, 1998, p. 28.

Pensar a questão do emprego nestes termos representa deslocar o debate sobre o desemprego de supostas disfunções do mercado para o problema da organização e dinâmica do capitalismo na atualidade, bem como abrir espaço para uma revalorização do sistema e da política educacionais como instrumentos de consolidação da cidadania."¹⁴

Desviando o enfoque do problema do desemprego, exclusivamente, para a questão dos encargos trabalhistas, o Brasil tem abandonado suas potencialidades de criação de emprego, ampliando as condições de exclusão¹⁵. E, várias seriam as medidas concretas que se poderiam adotar neste sentido, a saber: a) incentivo ao turismo¹⁶; b) reforma agrária; c) redistribuição da riqueza; d) melhorar a educação; e) incentivo à produção agropecuária; f) melhoria da produtividade, com melhoria da educação (quanto à educação, destaque-se que 63% da mão-de-obra empregada no Brasil não chegou a completar o primeiro grau¹⁷); g) linha de crédito para as microempresas^{18,19} (as microempresas, aliás, são as que mais empregam no Brasil e segundo visão de Herbert de Souza, são a única saída para o problema do desemprego²⁰, já dizia Rousseau: "O trabalho em pequena escala, não a indústria organizada e em grande escala, é para êle a base. É o que êle preza, contra toda forma de capitalismo ou de comunismo organizado, renovando a prescrição paulina: 'Aquele que come na ociosidade o que não ganhou por si, rouba'"²¹); h) melhoria da economia nacional como um todo etc.

Em terceiro lugar, o ataque que se faz de forma generalizada ao direito do trabalho brasileiro não é de todo coberto de acerto. As regras trabalhistas, no que se refere ao direito individual, não são retrógradas.

Ora, quais são os direitos fundamentais que se garante ao trabalhador? Esses direitos são: salário mínimo; limitação da jornada (adicional de hora extra); adicional noturno; férias anuais (feriados); 13o. salário; regras de proteção ao salário; proteção contra alterações contratuais por ato exclusivo do empregador (art. 468, da CLT); descanso semanal remunerado; verbas indenizatórias para a dispensa injusta; aviso prévio; estabilidade provisórias no emprego, em casos excepcionais e socialmente justificáveis; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; proteção do trabalho da criança, do adolescente e da mulher; normas de segurança e higiene do trabalho; direito de greve e seguro social contra contingências sociais. Nenhum desses direitos pode ser considerado despropositado, não havendo razão alguma para que sejam excluídos. Ademais, nos diversos países do mundo, ainda

¹⁴ Op. cit., p. 20.

¹⁵ Márcio Pochmann, "Políticas macroeconômicas e o desemprego", *Jornal O Estado de São Paulo*, ed. de 18/03/98, p. B-2.

¹⁶ José Pastore, "O emprego no turismo", *Jornal O Estado de São Paulo*, ed. de 31/-3/98, p. B-2.

¹⁷ Pesquisa feita pelo IBGE, conforme noticiado no *Jornal Folha de São Paulo*, ed. de 26/08/98, p. 3-3.

¹⁸ Conforme Editorial do *Jornal O Estado de São Paulo*, ed. de 24, de janeiro de 1998, p. A-3.

¹⁹ A Lei n. 8.864, de 28 de março de 1994, apenas confere às microempresas e às empresas de pequeno porte uma forma mais simples de cumprimento de suas obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas.

²⁰ "Microempresa: única solução", *Jornal Folha de São Paulo*, ed. de 27/06/97, p. 1-3.

²¹ Apud Felice Battaglia. *Filosofia do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 1958, p. 148.

que de formas diversas, com maior ou menor amplitude, esses direitos são reservados aos trabalhadores.

Apenas a título de exemplo, observe-se o aspecto da limitação da jornada. Na Espanha, o trabalho é limitado em 9 horas diárias e 40 horas semanais, sendo que entre uma jornada e outra deve haver um intervalo de 12 horas, nos termos dos artigos 34 a 38, do Estatuto dos Trabalhadores²². As horas extras não podem exceder de 80 ao ano e os menores de 18 anos não podem trabalhar em regime de sobrejornada²³. O adicional é fixado por acordo individual ou coletivo²⁴. Na França, a jornada é limitada em 39 horas semanais, podendo ser cumprida em 5 dias, com jornada de 7h. e 48' (com dois de descanso); em 6 dias, com jornada de 6h. e 30' (com um de descanso); em 5 dias, com horário desigual (com um dia e meio de descanso); ou, em 4 dias e meio, dependendo de aprovação de órgão administrativo²⁵. O adicional é de 50% ou de 100%, quando a jornada semanal exceder a 48 horas²⁶. Na Itália, a jornada de trabalho também é limitada. Duração: 8 horas diárias e 48 semanais. O adicional de horas extras varia de 70% a 80% (limitadas a 2 diárias e 12 semanais). Em Portugal, nos termos do Decreto-Lei n. 409, de 27/09/91, a jornada é limitada em 8h. e 48h. semanais, sendo que o pessoal que trabalha em escritório obedece ao limite de 7h. e 42h. Prevê-se uma tolerância 15', para consecução de serviços, desde que não se torna habitual(art. 5o.). Nos termos do Decreto-Lei n. 421/83, os "...trabalhadores estão obrigados à prestação de trabalho suplementar, salvo quando, havendo motivos atendíveis, expressamente, solicitem a sua dispensa" (art. 3o.); limita-se o número de horas extras em 160 por ano e 2 por dia (art. 5o.) e o adicional é fixado em 50%, para a 1a. hora e em 75%, para as horas ou frações subseqüentes, sendo de 100%, para as horas trabalhadas em descanso semanal. Na Venezuela, a lei trabalhista prevê um adicional de hora extra de 25% sobre a hora normal (art. 72). No Chile, o Código do Trabalho (Dec. 93, de 26/01/77) estabelece um adicional de 50%, para a hora extra. A hora extra noturna é devida com adicional de 75% (art. 168) e o trabalho em domingo ou feriado deve ser remunerado com adicional de 100% (art. 179). Na República Dominicana, o limite da jornada é de 44 horas semanais; a hora extra tem adicional de 30%, quando não se ultrapasse o limite de 68 horas semanais. As horas extras prestadas além desse limite são acrescidas do adicional de 100% sobre o valor da hora normal²⁷. No México, nos termos da Lei Federal do Trabalho²⁸, o adicional de hora extra é de 100% e se excederem a 9 horas na semana, o adicional passa a

²². Manuel-Carlos Palomeque López y Manuel Álvares de la Rosa. *Derecho del trabajo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994, p. 755.

²³. *Ibidem*, p. 767.

²⁴. *Ibidem*, p. 767.

²⁵. J.C. Javillier. *Manual de direito do trabalho*. Tradução de Rita Asdine Bozacyian, São Paulo, LTr, 1988, p. 132.

²⁶. Ives Gandra da Silva Martins Filho. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. São Paulo, Saraiva, p. 165.

²⁷. Rafael Albuquerque. *Legislación laboral comentada*. Santo Domingo, Librería Dominicana, 1986, p. 71.

²⁸. Alberto Trueba Urbina e Jorge Trueba Urbina. *Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada*. México, Editorial Porrúa.

ser de 200% (art. 57). Na Argentina, conforme a Lei do Contrato de Trabalho (Lei n. 20.744 e Lei 21.297), a jornada em atividade insalubre está limitada a 6 horas diárias e 36 semanais; a jornada em atividades normais é limitada em 48 horas semanais e o adicional de horas extras é de 50%, quando não se ultrapasse a 13 horas extras por semana. Além desse limite a hora extra é devida com adicional de 100%, incidindo esse mesmo adicional nas horas trabalhadas em domingos e feriados²⁹. Na Alemanha, o limite de jornada é de 48 horas semanais, mas como adverte Ives Granda da Silva Martins Filho, "90% dos trabalhadores, mediante contratos tarifários, trabalham apenas 40 horas"³⁰. Informa Octavio Bueno Magano que, nas convenções de trabalho inglesas, "O período comum de trabalho é de 40 horas mensais, e de 38 horas para os chamados 'white collar workers'. Cada vez são mais numerosas as convenções, prevendo férias de 3 semanas e até de 4. (...) Quando se estipulam horas extras, estas se pagam com acréscimo de 25%, para as primeiras 2 horas, e com acréscimo de 50%, para as demais. O trabalho em dias de repouso é pago com acréscimo de 100%."³¹ No Canadá, a jornada é limitada a 44 horas semanais e o adicional de horas extras é de 50%³². Na Austrália, o limite da jornada é de 38 horas semanais e o adicional de horas extras é 150%³³. E, na Nova Zelândia, a jornada é limitada a 37,5 horas semanais.

Além do mais, ao contrário do que se costuma dizer, a legislação trabalhista brasileira já é extremamente flexível.

Senão vejamos.

Fora das exceções de estabilidade provisória, o empregador pode dispensar o seu empregado a qualquer instante, sem justificativa. O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a multa de 40% sobre o Fundo, devida na dispensa imotivada, que hoje representam um custo adicional na relação de trabalho, foram fruto de uma reivindicação dos próprios empresários, que pleiteavam a eliminação da estabilidade decenal e a forma de indenização por rescisão do contrato de trabalho, prevista nos arts. 478 e 479, da CLT³⁴. Destaque-se, a respeito da instituição do FGTS, que havia um enorme óbice para a viabilidade jurídica do sistema do FGTS, pois a Constituição de 1946, vigente à época (1967), previa o direito à estabilidade. A saída encontrada foi a fixação de que o regime do FGTS seria uma opção conferida ao empregado e a fixação de um valor de depósito mensal que ao ser sacado, no final do contrato, corresponderia ao valor da indenização prevista nos artigos 477 e 478, da CLT.

²⁹ Juan A. Ensínck. *La ley de contrato de trabajo y su reforma comentada*. Buenos Aires, Ed. Victor Zavalia, 1976.

³⁰ Op. cit., "Manual...", p. 168.

³¹ "Direito inglês do trabalho", Revista LTr, n. 37/329, p. 332.

³² Ives Gandra, op. cit., "Manual...", p. 186.

³³ Idem, p. 186.

³⁴ "Engenhosa e arditosamente concebido por economistas liberais - hoje seriam chamados de 'neoliberais', seus autores procuraram 'matar dois coelhos com uma só cajadada'. Acabar com a estabilidade, como meio de atrair capitais para arrancada do desenvolvimento econômico, principalmente estrangeiro e para, acumulando recursos financeiros, atacar o problema da habitação." (José Martins Catharino, *Neoliberalismo e Seqüela*, São Paulo, LTr, 1997, p. 67)

O aviso prévio indenizado é devido nos casos de dispensa imotivada, apenas quando o empregador não comunica ao empregado que a sua dispensa ocorrerá em 30 (trinta) dias.

As férias são devidas a cada 12 meses de duração do contrato de trabalho, durante 30 (trinta) dias, com uma remuneração superior à normal em 1/3, isso quando o empregado não tenha faltado ao trabalho, de forma injustificada, por mais de 05 vezes, no período aquisitivo, pois esse direito é reduzido, em conformidade com o número de faltas, nos termos do art. 130, da CLT. As férias, aliás, poderão ser concedidas pelo empregador de forma coletiva e divididas em dois períodos, desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias (art. 139, da CLT). Permite-se, com esse procedimento, que a empresa conceda as férias aos seus empregados, nas ocasiões de baixa produção.

O Décimo Terceiro Salário é uma espécie de reconhecimento de que o salário pago não é suficiente para a sobrevivência do trabalhador e que sem esse plus seria impossível ao trabalhador participar das festas de fim de ano, o que, em última análise, vai ao encontro também do interesse da economia.

O descanso semanal remunerado não precisa coincidir, necessariamente, com o domingo, podendo o trabalho em tal dia ser compensado com a concessão de folga em outro dia da semana, a exemplo do que ocorre com os feriados. Exige-se, apenas, a coincidência do DSR com um domingo ao mês.

A prestação de serviço é limitada em 8 horas diárias e 44 semanais, mas permite-se que o empregador exija a prestação de serviços extraordinários em face de motivo de força maior ou para satisfação de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61, da CLT), sendo que nos casos de força maior a hora excedente não terá o adicional de hora extraordinária, nos termos do parágrafo 2º, do art. 61, dispositivo este que não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, na visão de Valentin Carrion³⁵ e Alice Monteiro de Barros³⁶. Ainda, sob o aspecto da jornada de trabalho, relevante lembrar a regra do art. 9º, da Lei n. 5.811/72 (Lei dos Petroleiros), que prevê a possibilidade de supressão das horas extras habitualmente prestadas, com pagamento de indenização, preceito este que passou a ser aplicado para os demais empregados, por entendimento do Enunciado 291, do Eg. TST (o Enunciado 76, do mesmo Eg. TST, estabelecia a proibição dessa alteração). Recentemente, a legislação autorizou a criação do Banco de Horas, para compensação de jornada no período anual (embora seja de discutível constitucionalidade o preceito).

O empregador, nos termos do art. 474, da CLT, pode aplicar penas disciplinares ao empregado (advertências e suspensões de até 30 - trinta - dias), sem que a legislação defina quais atos do empregado estão sujeitos a tais penas, ficando ao arbítrio do empregador. A jurisprudência, neste tema, ademais firmou-se no sentido

³⁵. Comentários à CLT, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 110.

³⁶. Alice Monteiro de Barros, "Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias", Revista Genesis, julho/96, p. 11.

de que a Justiça do Trabalho sequer pode reduzir a pena imposta pelo empregador, avaliando apenas se houve, ou não, a falta justificadora da pena. O empregador, ainda, pode dispensar o empregado por justa causa (art. 482, da CLT), o que implica a perda de diversos direitos por parte do empregado (levantamento do FGTS, multa de 40% sobre o FGTS, férias proporcionais, 13o. salário proporcional e aviso prévio).

O salário do empregado é, por lei, insuscetível de desconto (art. 462, da CLT), mas a jurisprudência tem aceitado o desconto desde que autorizado pelo empregado (ainda que contrariando o princípio da irrenunciabilidade de direitos).

Por ajuste de natureza coletiva, a Constituição Federal permite a redução de salário e a compensação de jornada (incisos VI e XIII, do art. 7o.).

A participação nos lucros, prevista constitucionalmente, que ainda não foi regulamentada de forma definitiva, não possui natureza salarial, conforme previsão expressa da Constituição (inciso XI, do art. 7o.), não se integrando, portanto, definitivamente, ao ganho do empregado.

Quanto às formas de contratação, a CLT prevê a possibilidade de contratação a prazo, em casos determinados, acolhendo a generalização do contrato de experiência, com duração de até 90 (noventa) dias. A legislação esparsa ainda prevê o contrato temporário (Lei n. 6.019/74), que é uma espécie de contrato a prazo, para substituição de pessoal regular ou quando houver acréscimo excepcional de serviço, fixando que o vínculo trabalhista se forma com a empresa prestadora dos serviços, e possibilita, também, a contratação de estágios, sem formação de vínculo empregatício (Lei n. 6.494/77) e, ainda, mais recentemente, autorizou a contratação temporária (contrato provisório), para acréscimo de empregados (também de discutível constitucionalidade).

Assim, não tem qualquer sentido o ataque que se costuma fazer ao direito do trabalho, quanto ao fato de ser rígido e de intervir, indevidamente, na eficiência da produção nacional. Frise-se, ademais, que a legislação trabalhista nacional foi instituída, em sua quase totalidade, nas décadas de 40, 50 e 60 e não se constituiu óbice ao "boom" econômico vivenciado no Brasil até o início da década de 70³⁷.

Por isso, tem razão José Francisco Siqueira Neto quando adverte que falar em desregulamentação ou flexibilização pressupõe, necessariamente, que se esteja diante de um ordenamento inflexível³⁸, que não é o caso do Brasil, absolutamente.

³⁷. "O período compreendido entre o segundo pós-guerra e o início da década de 70 nos países industrializados de mais projeção representa a Era de Ouro do capitalismo. Mediante a combinação de crescimento econômico e pleno emprego, sustentada por diversificadas políticas decorrentes da intervenção estatal ou da contratação coletiva sobre as relações de trabalho, obtiveram-se elevados níveis de produtividade e efetiva distribuição de renda. Referido período foi perfeitamente sintetizado por Eric Hobsbawm como anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de brevidade comparável." ("Desregulamentação ou Regulamentação?". José Francisco Siqueira Neto. *Trabalho & Processo*, São Paulo, Saraiva, dezembro/95, pp. 44-5)

³⁸. Op. cit., "Desregulamentação...", p. 48.

Essa situação - da flexibilidade da legislação trabalhista brasileira - aliás, já foi reconhecida pelo próprio ex-Ministro do Trabalho, Edward J. Amadeo. Antes de se tornar Ministro, em artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo, em 1994, sustentava Amadeo:

"A legislação que regula os processos de demissão sem justa causa e desligamentos voluntários no Brasil induz uma enorme rotatividade e flexibilidade do mercado de trabalho. Portanto, enganam-se redondamente ou não conhecem os dados os que crêem que o mercado de trabalho no Brasil não é flexível. Ao contrário, é flexível demais e pelas razões erradas. O importante não é eliminar a legislação, pretendendo com isto aumentar a flexibilidade. Mas alterá-la para reduzir a flexibilidade bastarda" ³⁹. (grifou-se)

Já, em 1992, o mesmo Amadeo dizia:

*"...seria recomendável aumentar o custo de demissão sem justa causa para as empresas e utilizar os recursos assim gerados para financiar o programa de retreinamento e realocação."*⁴⁰ (grifou-se)

Paradoxalmente, anos mais tarde, Edward J. Amadeo, incentivou a entrada em nosso ordenamento jurídico do contrato provisório, que flexibilizou ainda mais as relações de trabalho.

Quanto ao custo do trabalhador, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, este custo é baixíssimo se comparado com outros países, principalmente os do chamado "primeiro mundo" ^{41 42} .

No que se refere, especificamente, aos encargos sociais, em primeiro lugar é importante que se tenha a noção exata do que se trata. Conforme ensina Amauri Mascaro Nascimento, nos encargos sociais, a causa "é o atendimento de programas previdenciários, assistenciais ou educacionais do Estado ou de formação profissional prestada por órgãos do Estado ou das categorias econômicas e profissionais; nos salários, a causa principal é a contraprestação do trabalho na relação de emprego, a disponibilidade do trabalhador para ter a sua força de trabalho utilizada pelo credor dos seus serviços quando necessário, os períodos de afastamento remunerados por força de norma jurídica ou outras causas que o ordenamento jurídico apontar" ⁴³.

Os encargos sociais não podem ser abandonados, mesmo diante de uma perspectiva puramente econômica. Conforme observa Adam Przeworski: "...há al-

³⁹ "Duping social e os trabalhadores do mundo", Folha de São Paulo, ed. de 17/04/94, p. 2-2.

⁴⁰ "Moderno... mas nem tanto", Folha de São Paulo, ed. de 08/09/92, p. 2-2.

⁴¹ Segundo informações de Arnaldo Süssekind o custo da mão-de-obra no Brasil, por hora, é igual a R\$2,70, enquanto que esse mesmo custo no Japão é de R\$16,00; nos EUA, R\$ 17,00; e, na Alemanha, R\$24,00 (Fonte: <http://www.g:\dados\gidaj\parecer\arnaldo\encargo 1.doc>). A mesma informação é fornecida por Francisco Meton Marques de Lima, "Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal", in Revista LTr, 61-05/621, com valores um pouco diversos: "O salário/hora do trabalhador brasileiro é de US\$2,4/hora, contra uma média de US\$16,00 no Japão, US\$18,00 nos EUA e US\$24,00 na Alemanha".

⁴² Relevante destacar, também, que o valor do salário mínimo no Brasil equivale a US\$120,00, enquanto que em outros países o valor é bastante superior: Itália, US\$500,00; Espanha, US\$600,00; EUA, US\$680,00; Canadá, US\$920,00; França, US\$1.000,00; Holanda, US\$1.075,00; Dinamarca, US\$1.325,00 (Fonte: <http://www.g:\dados\gidaj\parecer\arnaldo\encargo 1.doc>)

guns anos tornou-se consenso que o gasto social é investimento". Na visão deste autor não é possível que "num país como o Brasil, um dos mais desiguais do planeta, alguém ache que esse tipo de gasto, cuja ausência é sentida e sofrida cotidianamente, possa ser encarado como desperdício"⁴⁴.

Quanto ao argumento de que a desregulação é o efeito da concorrência provocada pela globalização, há de se reconhecer a evidência do efeito dessa concorrência internacional: o capital, que antes patrocinava o bem-estar social, agora suga as reservas dos Estados que poderiam ser destinadas àquele fim⁴⁵. E, concretamente, é difícil lutar contra o avanço dessa situação. "Nenhuma nação, sozinha, tem condições de opor-se a tal pressão", ensinam Hans-Peter Martin & Harald Schumann⁴⁶. Mas, se é assim, "se os governos, em todas as questões cruciais do futuro, nada mais conseguem senão apontar os imperativos da economia transnacional, toda a política torna-se uma farsa, uma demonstração de impotência, e o Estado democrático perde sua legitimação como tal"⁴⁷. Desse modo, a própria democracia tende a ruir e é essa a grande armadilha que a globalização reserva a todos. A situação, ao contrário do que se queira acreditar, é extremamente grave. Pinta-se um quadro bastante parecido ao que existia antes da 2ª. grande guerra. Um mundo globalizado comercialmente, mas fragmentado, politicamente⁴⁸. Por isso, "O livre comércio mundial não pode ser sustentado sem garantias socioestatais"⁵⁰.

Nessa perspectiva os países da considerada economia de terceiro devem⁵¹ unificar-se, para impedir que a concorrência entre eles acabe os conduzindo todos à bancarrota e é lógico que essa união pressupõe que a solução dos problemas econômicos não seja pensada sob a ótica da redução dos direitos sociais, porque isso, como visto, significa o desmantelamento das instituições democráticas que amparam o poder político e, conseqüentemente, a sua soberania. A falta de uma

⁴³. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998, p. 231.

⁴⁴. "O futuro será melhor", Revista Veja, edição de 18 de outubro de 1995, pp. 9-10.

⁴⁵. "No mundo todo, cai drasticamente a porcentagem que capitalistas e detentores de patrimônio concedem ao financiamento de metas sociais dos governos." (Ibidem, p. 16)

⁴⁶. Idem, p. 16.

⁴⁷. Hans-Peter Martin & Harald Schumann. *A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo, Ed. Globo, 1997, p. 20.

⁴⁸. Em 1930, a revista inglesa, *The Economist*, publicava o seguinte comentário: "O maior problema da nossa geração consiste em que os fatos econômicos superam tanto os políticos que economia e política não conseguem manter o mesmo ritmo. Economicamente, o mundo tornou-se uma unidade comercial. Politicamente, continuou fragmentado. As tensões entre os dois desenvolvimentos opostos provocaram um abalo em cadeia na vida societária da humanidade." (*Apud*, Martin & Schumann, op. cit., p. 21)

⁴⁹. Conforme alerta Ethan B. Kapstein, "O mundo talvez esteja caminhando inexoravelmente em direção a um desses trágicos momentos que levarão os historiadores do futuro a perguntar: Por quê nada foi feito em tempo hábil? Não estavam as elites políticas e econômicas conscientes da profunda perturbação que as mudanças econômicas e tecnológicas estavam causando aos trabalhadores? O que os impediu de tomar as medidas necessárias para evitar uma crise social global?" ("Os trabalhadores e a economia mundial", *Foreign Affairs*, edição brasileira, publicação da Gazeta Mercantil, edição de 11/10/96, p. 3).

⁵⁰. Hans-Peter Martin & Harald Schumann, op. cit., p. 319.

⁵¹. "Uma perspectiva de reforma que termina nas fronteiras do Estado não é uma reforma compatível com a era da economia transnacional." (Martin & Schumann, op. cit., p. 328)

perspectiva social representa, portanto, um suicídio político, interessando apenas ao capital estrangeiro que explora as potencialidades desses países.

Como se vê, são insustentáveis os argumentos em prol da desregulação do direito do trabalho, mas prevalecem porque são acompanhados de uma forte ideologia. Os pensamentos que sustentam essa ideologia, no entanto, vistos com outros olhos, são tão perversos quanto os que já se utilizaram, na época da Revolução Industrial, para justificar a exploração do trabalho humano, tais como o seguinte: "Outra coisa que o pobre inveja no rico é sua ociosidade. Trata-se de um engano total. A ociosidade é a cessação do trabalho. Não pode, portanto, ser gozada, ou mesmo provada, exceto pelos que conhecem a fadiga. O rico vê, e não sem inveja, o prazer e a recuperação que o repouso proporciona ao pobre" ⁵².

Assim, livres da ideologia, é preciso reconhecer a importância de se resgatar a preocupação com o homem. Na perspectiva jurídica o que deve prevalecer, portanto, é a dignidade da pessoa humana, que não tem preço.

Neste tema, aliás, impressiona como facilmente se fundamenta a redução dos direitos trabalhistas, mas quando o assunto é a valorização do trabalho próprio, a perspectiva é sempre de elevação.

O concreto é que, em um país com as nossas características, em que o trabalho praticamente escravo ainda se encontra presente, o direito do trabalho tem a plenitude de sua razão de ser. E, mesmo que assim não fosse, isto é, mesmo que as desigualdades não existissem, o direito do trabalho se manteria oportuno pela simples razão de servir como obstáculo ao ressurgimento das injustiças.

Acrescente-se que também na ótica da economia essa conclusão se impõe, pois para incrementar o desenvolvimento econômico, o primordial é que se ataque o principal problema que o inviabiliza, que, no caso do Brasil, é a má distribuição de renda⁵³. Menos direitos trabalhistas representam maior acumulação de riqueza e, conseqüentemente, mais problemas sociais, impedindo o desenvolvimento econômico, até porque os trabalhadores são, em última análise, os consumidores de que o capital precisa para sobreviver.

Além disso, a má distribuição de riqueza gera, inevitavelmente, graves conseqüências que atingem todos, indistintamente. Refere-se, por exemplo, ao constante aumento da criminalidade. Um país, como os Estados Unidos, que tem uma eficiente rede de presídios não sente tanto esse efeito, mas em um país como o Brasil, essa repercussão pode ser, e muitas vezes é mesmo, fatal.

⁵². Arquidiácono W. Paley (*apud* Leo Huberman. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro, Zahar, 1974, pp. 195-6.

⁵³. "A dura realidade latino-americana é da desindustrialização, conseqüência da nova divisão internacional do trabalho. Como já vimos, dentro desse modelo, não se vislumbra possibilidades de reverter-se o fluxo de transferência da riqueza. Ao contrário do que se prega, as tendências não são as do progresso e do desenvolvimento tecnológico para os países do Terceiro Mundo. Assim, a 'flexibilização' não resultará em benefícios para os trabalhadores, mas será apenas instrumento de maior concentração de renda e do aprofundamento da recessão e da crise econômica em nossos países." (Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga, *in* Revista Genesis, jan/93, p. 20)

Também sobre outros aspectos a diminuição das garantias aos trabalhadores provoca um prejuízo econômico para toda a sociedade. Conforme assinala Sebastião Geraldo de Oliveira: "Na prática, a flexibilização tem sido adotada como forma de reduzir direitos dos trabalhadores, quebrando a rigidez da legislação trabalhista para diminuir os desembolsos com pessoal. É fácil compreender, assim, o aumento surpreendente de 77% das mortes no trabalho no período de 1994 a 1996 ou o crescimento de 128% nas doenças ocupacionais no mesmo período" ⁵⁴.

Quanto à questão das condições concretas de realização da justiça social, deve-se reconhecer que não existe uma resposta concreta que se possa apresentar. Mas, há um pressuposto que deve ser adotado como básico neste tema: a necessidade de não se buscar a solução para a "crise econômica" na cômoda posição de retirar direitos dos trabalhadores. A ética deve ser conduzida a esse tema. Afinal, como o próprio Thomas Malthus disse: "Se um país não tivesse outro meio de se tornar rico que não fosse o de ter êxito na competição com a redução dos salários, diria sem titubear: pereçam semelhantes riquezas." ⁵⁵

Ademais, conforme adverte Arnaldo Sússekind, "...o custo Brasil, que realmente vem prejudicando o nosso comércio exterior, é formado por impostos e tarifas estranhos às relações de emprego." ⁵⁶

Sob a perspectiva da análise comparada, já se tem descoberto que o trabalho humano pode ser mais eficiente e mais economicamente viável do que o trabalho do "robot". Foi com base nessa idéia que uma das maiores fábricas de carros do mundo, a Toyota, no Japão, mais precisamente na fábrica de Kyushu, criou máquinas não para substituir o homem ⁵⁷, mas para tornar o trabalho do homem mais produtivo, integrando, ainda, uma política de tornar menos tediosas e penosas as tarefas do empregado, com um sistema de rodízio de funções, além de uma preocupação em estabelecer um programa de integração do empregado à empresa, impedindo, pois, a rotatividade da mão-de-obra ⁵⁸.

A própria China comunista, apontada como exemplo de que o baixo custo da mão-de-obra tem uma relação direta com o sucesso econômico, já adotou, a partir de 10.º/01/95, uma legislação social protetiva, contendo algumas garantias até superiores às consagradas na legislação brasileira, como, por exemplo, o adicional de hora extra ⁵⁹.

Portanto, mesmo sob a perspectiva econômica a flexibilização não se sustenta, até porque se baseia em um absurdo, ou seja, que "a pobreza do trabalhador

⁵⁴ Proteção jurídica à saúde do trabalhador, São Paulo, LTr, 1998, p. 136.

⁵⁵ Apud, Barbagelata, op. cit., "O particularismo...", p. 149.

⁵⁶ "A globalização da economia e o direito do trabalho", Revista LTr, 61-01, p. 43.

⁵⁷ "Surpreendentemente, a mais moderna das fábricas da Toyota tem menos, e não mais, equipamentos de automatizados que tem sido considerados como ponto forte da empresa. Na realidade, a Toyota reduziu a automação na fábrica em 75%, em comparação com sua fábrica mais automatizada." ("Toyota reinventa trabalho em linha de montagem", O Estado de São Paulo, ed. de 12/01/97, p. B-14)

⁵⁸ "Toyota reinventa trabalho em linha de montagem", O Estado de São Paulo, ed. de 12/01/97, p. B-14.

⁵⁹ Cf. José Ajuricaba da Costa e Silva. "O direito do trabalho face ao neoliberalismo econômico". in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, da 15a. Região*, São Paulo, LTR, 1996, p. 9

seria essencial para o desenvolvimento"⁶⁰.

A contribuição que o direito do trabalho pode dar ao desenvolvimento econômico, portanto, parte de um pressuposto diverso daquele que a teoria da flexibilização tem como base. O direito do trabalho no Brasil, para favorecer a política econômica de diminuição das desigualdades sociais, precisa, em verdade, ser bem menos flexível do que já é, podendo-se apresentar como soluções possíveis neste sentido: a) a proibição de trabalho em sobrejornada; b) a fixação de um adicional de insalubridade com incidência sobre o salário nominal e devido para tantos quantos forem os agentes insalubres; c) a cumulação do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade; c) a inibição do direito potestativo de rescisão contratual (aplicação da Convenção 158, da OIT); d) o estabelecimento das condições jurídicas para que se favoreçam as negociações coletivas, afastando a possibilidade de redução das garantias mínimas do trabalhador por tal via; e) a participação nos lucros ou resultados; f) a limitação das contratações temporárias, para casos específicos; g) a exigência de maiores rigores, em termos de garantias patrimoniais, para criação de empresas de terceirização, estabelecendo, legalmente, as hipóteses em que a terceirização seja possível e fixando, expressamente, a responsabilidade solidária do tomador dos serviços; h) a reafirmação dos princípios específicos do direito do trabalho, pois como ensina Goldschmidt, "um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente"⁶¹.

O Estado - nas suas três faces de atuação: Legislativo, Executivo e Judiciário - tem, ainda, importante papel a cumprir, para o aprimoramento das relações de trabalho, não se podendo aceitar que, em nossa realidade, os atores sociais trabalhistas possam por si chegar a tal resultado, já que a perspectiva da ação sindical no Brasil é a do "mal menor", ou seja, "mais vale qualquer tipo de emprego do que o desemprego".

Importa verificar que o direito do trabalho atribui um valor ao trabalho, não em decorrência das possibilidades econômicas, mas em consonância com as necessidades humanas, o que dá ao direito um aspecto ético e moral e essa é uma abordagem jurídica, pois a própria Constituição Federal fixou como "princípio fundamental" da República Federativa do Brasil, "a dignidade da pessoa humana" e "os valores sociais do trabalho" (art. 1o., incisos III e IV); fez menção à justiça social (art. 170); estabeleceu que a ordem econômica é "fundada na valorização do trabalho humano" (art. 170, "caput") e que visa à "busca do pleno emprego" (art. 170, inc. VIII); e previu que a propriedade privada "atenderá à sua função social" (art. 5o., inc. XXIII, e art. 170, inc. III).

Não se deve, portanto, em hipótese alguma, deixar-se levar pela ideologia e deslocar o foco da discussão. A crise econômica atual - que até já está perdendo fôlego, mas ainda não saiu dos argumentos retóricos - não foi causada pelo direito

⁶⁰. Gilberto Dimenstein, *apud* José Ajuricaba da Costa e Silva. "O direito do trabalho face ao neoliberalismo econômico". in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, da 15a. Região*, São Paulo, LTR, 1996, p. 10.

⁶¹. *Apud* Paulo Bonavides, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 240.

social. Apresenta-se, por isso, inconcebível avaliar as perspectivas do emprego - e do desemprego - unicamente, sob o prisma da lei da oferta e da procura.

Avaliar essa questão, sem nenhum limite ético, representa, inexoravelmente, chegar à concepção escravagista, no sentido de que toda contraprestação para o trabalho de outrem é legítima na medida em que se preserve a sobrevivência de quem trabalhe.

Na lógica do capitalismo o homem deixa de ser homem para ser um objeto da produção. O seu trabalho vale aquilo que a lei econômica dita⁶². Sob o ponto de vista do direito, o homem deve ser resgatado e o valor de seu trabalho deve ser equivalente ao preço da sua dignidade no âmbito social.

Há de se acreditar, portanto, que a melhoria de nossa sociedade não se fará jamais com a extinção dos direitos sociais e que é possível construir essa idéia, já que o processo de industrialização da cultura tanto pode ser alienante, quanto revelador, conforme demonstra Teixeira Coelho ⁶³.

Deve-se aprender com a história e, portanto, não se pode olvidar que o período anterior ao surgimento do direito do trabalho - que é recente, diga-se de passagem - foi marcado pela injustiça da escravidão, sem que isso tivesse representado qualquer fator de orgulho para os povos. Fazer valer o direito do trabalho mais que uma questão de justiça é o resultado inexorável de nossa responsabilidade histórica.

Reconhece-se que essa visão não corresponde à noção dominante da doutrina trabalhista. De qualquer modo, se as presentes idéias valarem como contraponto à teoria da flexibilização - mantendo-se essa divergência apenas no âmbito das idéias, ou seja, excluindo-se qualquer avaliação de cunho pessoal - já estarei feliz. Afinal - e nisto acredito que todos concordarão comigo - viver em um mundo onde as idéias são hegemônicas é mesmo muito chato! ⁶⁴

⁶². "Para o economista, fundamental é o resultado do trabalho e não quem o produz, pois o primeiro tem valor econômico, sendo insumo da produção. É considerado como se fosse coisa, e o salário, seu custo, como outro qualquer." (José Martins Catharino. *Neoliberalismo e Seqüela*. São Paulo, LTr, 1997, p. 25).

⁶³. O que é indústria cultural. São Paulo, Brasiliense, 1994, pp. 27-8.

⁶⁴. Artigo escrito em 12 de abril de 1999.

TEMPO DO CRIME

Márcio Franklin Nogueira*

1. Conceito de norma penal e espécies

O Direito compreende, numa fórmula sintética, um conjunto de **normas** de conduta impostas coativamente pelo Estado. Estas normas, quando se relacionam com o crime ou com a pena, se dizem **penais**.

A norma penal, outrossim, pode ser (a) **geral** ou (b) **incriminadora**:

a) a norma penal geral, ou **norma penal em sentido amplo**, é aquela que, embora relacionada com o crime ou com a pena, não define crime nem comina pena. Exemplo: as regras previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 1 a 120);

b) a norma penal incriminadora, ou **norma penal em sentido estrito**, é aquela que define crime e comina a sanção. Exemplos: arts. 121 (homicídio), 129 (lesão corporal), 155 (furto), 171 (estelionato), etc.

É bom observar que nem todas as normas constantes da Parte Especial são incriminadoras. Veja-se, a propósito, aquelas dos arts. 128 (hipóteses em que não se pune o aborto), 181, 182 e 183 (Disposições Gerais relativas aos Crimes contra o Patrimônio), etc.

Já todas as normas constantes da Parte Geral são gerais, ou normas penais em sentido amplo. Não há, na Parte Geral, qualquer norma penal incriminadora.

A **norma penal incriminadora** tem características bem marcantes. Sua estrutura compreende (a) um **preceito** e (b) uma **sanção**. O preceito constitui a regra de conduta que o Estado impõe. E a sanção a penalidade cominada para a hipótese de seu descumprimento.

A sanção é sempre fixada entre um mínimo e um máximo, competindo ao Juiz, quando da aplicação da pena, individualizá-la. Assim, no homicídio, a **pena cominada** é de reclusão de 6 (mínimo) a 20 anos (máximo). O Juiz, quando da aplicação da pena, em casos de homicídio, deve estabelecer o seu “quantum” dentro destes dois limites.

Fala-se em **pena cominada**, ou **pena abstrata**, quando a referência é feita à pena prevista na lei (entre um mínimo e um máximo), e em **pena concretizada**, ou **pena individualizada**, quando a referência é feita a uma pena efetivamente imposta a alguém pelo Juiz.

Outro aspecto interessante: o **preceito** compreende uma regra proibitiva implícita. No homicídio, por exemplo, a proibição é de matar. Porém, ao invés de

* Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Padre Anchieta, de Jundiá. Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

dizer “não matar”, o tipo penal diz “matar alguém”. O tipo penal descreve sempre uma **conduta proibida**. Quando alguém pratica um fato que se enquadra no tipo penal sujeita-se à pena cominada. Como se observa, o delinqüente, com sua conduta, não infringe o preceito penal; antes, pelo contrário, adequa-se a ele. O que infringe é a regra de conduta imposta pelo Estado.

2. O princípio da legalidade:

O princípio da legalidade (com a formulação latina: “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”), também conhecido como **princípio da reserva legal**, tem previsão constitucional (art. 5o, XXXIX), e inaugura o Código Penal (art. 1º), tamanha a sua importância¹. Representa, sem dúvida, uma das maiores conquistas do direito penal moderno.

No Direito Penal Romano, embora já se conhecessem alguns delitos com previsão em lei, era possível declarar puníveis ações legalmente não incriminadas. O mesmo ocorreu na Idade Média, considerada, aliás, a idade de ouro das penas arbitrárias e cruéis.

Apesar da obra de Beccaria, que se insurgiu contra este estado de coisas, costuma-se apontar a Magna Carta, de João Sem Terra, imposta aos Barões Ingleses, em 1215, como o primeiro antecedente histórico deste princípio. Ficou aí estabelecido que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da Terra.

Contudo, foi com a Revolução Francesa que o princípio recebeu precisa formulação: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada” (art. 5o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789).

Montesquieu, em sua célebre obra “O Espírito das Leis”, também defendeu o princípio, deixando expresso que o Juiz não poderia, sem usurpação de poderes que competem ao Legislativo, estabelecer penas e sanções.

Na legislação penal, o princípio apareceu, pela primeira vez, em 1787, com a codificação de José II, na Áustria. Em 1810, o Código Penal Francês também o adotou, em seu art. 4º. A partir de então difundiu-se ele por todo o mundo.

A Inglaterra, embora tenha regime liberal, não adota este princípio, como conseqüência lógica de seu sistema jurídico, que é consuetudinário.

O princípio da legalidade tem como principal corolário a **irretroatividade da lei penal incriminadora**. Também impede a criação de crimes e penas através do costume. A analogia, conseqüentemente, também não é admitida para incriminar condutas. Somente através de lei, portanto, é que se pode definir crimes e cominar penas. Via de conseqüência, a Medida Provisória, que não é lei, embora tenha **força de lei**, não pode criar crimes, nem cominar penas. Mas, esta impossibilidade desaparece uma vez convertida em lei, pelo Poder Legislativo, a Medida Provisó-

¹ Fernando Capez sustenta que em realidade o princípio da legalidade é o gênero, compreendendo os princípios da reserva legal (só a lei pode definir os crimes) e o da anterioridade (a lei deve estar em vigor no momento da infração penal) (CAPEZ, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000, p.31 e segs.).

ria. A partir deste momento, e somente a partir dele – conversão da medida provisória em lei – é que ganha eficácia a norma penal incriminadora definida na Medida Provisória.

Acarreta, também, uma outra conseqüência de grande relevo. O tipo penal deve ser cerrado, isto é, descrever a conduta típica com muita precisão, evitando deixar em aberto discussões sobre a definição exata da conduta incriminada.

Dai a advertência de Sebastian Soler, a respeito do risco de possibilidade de violação do princípio em sua substância, sem revogá-lo expressamente. Isto seria possível, exemplifica o penalista argentino, com a criação de **tipos abertos**, que *“deliberadamente contienen referencias meramente ejemplificativas o totalmente vagas, indefinidas o equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción”*².

3. A Norma penal no tempo

3. 1. O direito intertemporal ou transitório

A lei, como o ser humano, tem um ciclo: nasce, vive e morre. Nasce com a promulgação. A partir de então é aplicável (tem vigência). E morre no instante em que é revogada.

A lei penal, portanto, é aplicável a todos os atos praticados durante o período de sua vigência (em que vive). Porém, às vezes um crime é praticado sob o império de determinada lei, sendo que, quando de seu julgamento, outra é a lei em vigor. Pergunta-se, então, qual a lei aplicável: aquela vigente à época do fato ou aquela vigente à época do julgamento? As regras utilizadas para solucionar esta questão constituem o denominado **direito intertemporal** ou **direito transitório**, denominações que têm sido objeto de críticas pela imprecisão e impropriedade jurídicas.

É princípio básico vigorante no chamado direito intertemporal que os fatos são regulados pela lei vigente ao tempo de sua ocorrência (**“tempus regit actum”**). Em conseqüência, todas as leis são, em princípio, irretroativas. Isto é, não alcançam fatos ocorridos antes de sua vigência. A lei penal com maior razão, face ao princípio da legalidade. Além de irretroativa, a lei penal, em regra, também não pode ser ultra-ativa. Isto é, alcançar fatos ocorridos depois de sua revogação.

De acordo com o art. 2º do C. Penal, *“ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais a sentença condenatória*.

Na primeira parte, o texto legal cuida da chamada **“abolitio_criminis”**. Ou seja, o fato deixa de ser incriminado por lei posterior. Em outras palavras, o que era crime, deixa de sê-lo. Justifica-se a regra, pois se a lei nova, exteriorizando a consciência jurídico-penal, não mais incrimina aquela conduta, não há razão para não aplicá-la igualmente aos fatos anteriores.

Outrossim, a **“abolitio criminis”** tem como conseqüências a cessação da

² SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1.973, vol. I, p. 109

execução e dos efeitos penais da sentença condenatória. Assim, quando alguém é condenado definitivamente (sentença com trânsito em julgado), tem lugar a fase executória. Isto é, aquela sentença condenatória vai ser executada, com a prisão do condenado, por exemplo. Porém, advindo lei que deixa de considerar crime aquele fato pelo qual ele foi condenado, cessa a execução desta sentença condenatória imediatamente, sendo ele colocado em liberdade.

Mais ainda. A condenação criminal tem como efeito principal a imposição da pena, mas, produz ela também efeitos secundários, de natureza penal e extrapenal. Nos termos da parte final do art. 2º do CP, somente cessam os efeitos penais da sentença condenatória. Persiste, pois, aquele efeito civil, de reparação do dano.

Por outro lado, a lei nova, embora não deixando de incriminar a conduta, pode trazer situação mais favorável ao autor de crime. Neste hipótese, aplica-se retroativamente ao fato praticado anteriormente a sua vigência. É o que dispõe o parágrafo único deste art. 2º: *“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”*

Portanto, quando mais benigna, a lei penal retroage, isto é, alcança fatos ocorridos antes de sua vigência. É a **retroatividade da lei penal mais benigna**.

Outrossim, podemos dizer, também, que a lei mais benigna, além de retroativa, é também ultra-ativa, pois mesmo depois de revogada continuará a ser aplicada aos fatos praticados sob sua vigência. O que não ocorre com a lei mais severa, que não é nem retroativa, nem ultra-ativa.

A sucessão de leis penais no tempo, como foi visto, pode gerar as seguintes situações: **a) a lei nova incrimina fato anteriormente lícito:** neste caso, ela não retroage. Vale apenas para os fatos praticados depois de sua vigência. Ex: o chamado **furto de uso** não é incriminado atualmente. Se legislação posterior vier a incriminá-lo, somente será aplicável aos fatos praticados depois de sua vigência; **b) a lei nova deixa de incriminar determinada conduta:** aplica-se imediatamente, extinta a punibilidade nos termos do art. 107, III, do C. Penal. A **“abolitio criminis”**, como a hipótese é conhecida, faz desaparecer o delito, subsistindo apenas os efeitos civis da sentença condenatória. Deve ser declarada de ofício pelo juiz, em qualquer fase processual. Se já houver condenação, o nome do réu será riscado do rol dos culpados e o fato não pode servir futuramente para configurar reincidência. Podemos exemplificar com o Código Penal de 1890, que definia assim o crime de defloramento: “deflorar mulher menor de idade empregando sedução, engano ou fraude”. A idade da vítima devia situar-se entre os 16 e 21 anos. Posteriormente, o vigente Código Penal, ao definir o crime de sedução estabeleceu outro limite de idade: maior de 14 e menor de 18. Desta forma, se alguém, antes do Código atual, tivesse deflorado menor com 20 anos de idade, teria extinta sua punibilidade a partir de sua vigência. Esta regra está expressa no art. 2º, “caput”, do C. Penal; **c) a lei nova, embora não suprimindo a incriminação, de outro modo beneficia o agente:** também nesta hipótese, a lei nova tem aplicação

imediate, porque mais benéfica, alcançando mesmo os fatos ocorridos anteriormente, sem qualquer restrição.

Assinale-se, ainda, que estando o processo em Primeiro Grau, é o Juiz quem deve tomar as providências para tornar efetiva a aplicação da lei mais benígna. Estando em Segundo Grau, a competência é do Tribunal que irá julgar o recurso. Após o trânsito em julgado da sentença, a competência passa a ser do juiz da execução (súmula n. 611 do S.T.F.).

3. 2. Apuração da lei mais benigna

Mais favorável, via de regra, é a lei que, modificando a anterior, coloca determinada conduta sob uma incriminação mais benigna. Nem sempre, no entanto, é fácil averiguar qual é a lei mais benigna. Devem as duas leis, a nova e a velha, ser examinadas no conjunto de suas disposições aplicáveis à espécie. E sempre tendo em vista o caso concreto, mesmo porque, em determinadas hipóteses, é quase impossível formular qualquer conclusão em abstrato. Imagine-se uma lei nova que diminua o mínimo e aumente o máximo da pena cominada. Em se aplicando a pena mínima, será ela mais benigna. Porém, na aplicação da pena máxima será mais gravosa.

A melhor solução é o juiz aplicar, hipoteticamente, ambas as leis ao caso concreto, optando por aquela mais benéfica ao réu.

O que fazer, no entanto, quando houver dúvida sobre qual a lei mais benéfica? Nelson Hungria³ sustenta a aplicação da lei nova apenas aos casos ainda não julgados. Damásio tem a mesma posição, mas adverte que nada impede seja ouvido o réu a respeito; ou seja, que se deixe a ele a escolha da lei aplicável⁴.

³ Eis a lição de Hungria: "Nos casos de irreductível dúvida sobre qual seja a lei mais favorável, deve ser aplicada a lei nova somente aos casos ainda não julgados. Os Códigos mexicano de 1871 e espanho de 1928 dispunham que "en caso de duda sobre la ley más favorable deberá ser oido el reo". Tal solução já fora proposta por Zachariae, e modernamente a defender Dorado e Cuello Calón, como a mais racional, pois "ninguém melhor que o réu para conhecer as disposições que lhe são mais benéficas". A jurisprudência norte-americana admite esse critério de decisão e perante o nosso Código não há razão para recusa-lo" (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.977, p. 133 e 134).

⁴ Na lição de Damásio Evangelista de Jesus, em caso de "séria dúvida sobre a lei mais favorável, deve a nova ser aplicada somente aos fatos ainda não decididos, nada impedindo seja ouvido o réu a respeito". JESUS, Damásio E.. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, vol. 1, p. 91.

3. 3. Combinação de leis penais

Controverte-se sobre a possibilidade de se mesclar várias leis para favorecer o acusado. Ou seja, aplicar ao mesmo tempo disposições da lei velha e da nova. Têm opinião favorável, Basileu Garcia⁵, Magalhães Noronha⁶, Damásio E. de Jesus⁷ e Frederico Marques⁸. Em sentido contrário: Nelson Hungria⁹, Aníbal Bruno¹⁰ e Heleno Fragoso¹¹. O argumento principal destes últimos é que o juiz, assim agindo, estaria criando uma outra lei, invadindo esfera de atribuição específica do Legislativo.

3. 4. Leis intermediárias

Pode ocorrer que o fato seja praticado sob a vigência de uma lei, e antes do julgamento outras duas se sucedam, disciplinando-o. Aplicável será, sem dúvida, a que for mais favorável ao réu. Assim, a primeira é ab-rogada pela intermediária, se mais favorável esta. A intermediária, sendo mais benigna, prevalece sobre a posterior, com ultra-atividade. A terceira, sendo mais severa, não retroage. E assim sucessivamente.

⁵ Saliencia, no entanto, Basileu Garcia, que esse critério, como orientação geral, é exato. Porém, "há casos em que a sua observância estrita leva a conseqüências clamorosamente injustas, e será necessário temperá-lo com um pouco de equidade. A própria Lei de Introdução do Código Penal (Dec. Lei n. 3.914, de 1.941), procurando resolver algumas hipóteses de conflito de leis no tempo, admitiu, em certa passagem, a combinação da lei antiga com a nova. Havendo dúvida séria quanto à escolha da lei aplicável, será justo aquiescer-se à preferência manifestada pelo próprio acusado. Ele, o maior interessado, poderá opinar, por exemplo, se acha mais pesada a multa que a prisão". GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., vol. 1, p. 148

⁶ Conforme assinala Magalhães Noronha, esse critério, de combinação de leis, "apresenta solução equânime no período transitório entre duas leis, e é consuetudinária com o princípio do tratamento mais benigno ao acusado" (NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.998, vol. 1, p. 80)

⁷ Eis a lição de Damásio, a respeito do tema: "Não obstante ser mais comum a tese da impossibilidade de combinação, há razões ponderáveis no sentido de que se apliquem as disposições mais favoráveis das duas leis, pelo menos em casos especiais. Se o Juiz pode aplicar o todo de uma lei ou de outra lei pra favorecer o sujeito, não vemos porque não possa escolher parte de uma e de outra para o mesmo fim, aplicando o preceito constitucional. Este não estaria sendo obedecido se o Juiz deixasse de aplicar a parcela benéfica da lei nova, porque impossível a combinação de leis". (ob. Cit., p. 92/93)

⁸ Conforme salienta José Frederico Marques, "dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, ex nihilo, a regulamentação eclética que deve imperar hic et nunc. A norma, no caso concreto é constituída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição." (Marques, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas> Bookseller Editora, 1.997, vol. I, p. 257)

⁹ Diz Hungria que "não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da lex nova como das da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando um terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo" (ob. Cit., pg. 120)

¹⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, pg. 270

¹¹ "Em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu, aplicando ambas parcialmente. O CP de 1969 contém a respeito disposição expressa (art. 2º, § 2º)". FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1.976, Parte Geral, p. 117.

3. 5. A lei excepcional ou temporária

A lei nasce, como foi visto, com a sua promulgação; vigora a partir daí; e morre quando revogada. Há leis, no entanto, que trazem no seu próprio bojo o limite de vigência, o seu termo final. São as chamadas leis de vigência temporária. Esgotado o limite de vigência, perde ela sua eficácia, ocorrendo uma verdadeira auto-revogação. São as leis conhecidas como **temporárias**. Outras, têm o seu período de vigência condicionado a algum acontecimento extraordinário (calamidade pública, guerra, epidemia, etc.), que as determinam. São as leis **excepcionais**. Cessa o acontecimento extraordinário, deixam de vigor.

Nos termos do art. 3º do Cód. Penal¹², as leis excepcionais ou temporárias são **ultra-ativas**, pois continuam a ser aplicadas aos fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de sua auto-revogação^{13 14}. Justifica-se esta regra, pois do contrário estaríamos indo contra a própria razão de ser de tais leis. Por outro lado, bastaria ao réu protelar o julgamento até que perdessem elas sua eficácia para ser absolvido. Além disso, não fosse assim e teríamos situações de grande injustiça. Suponha-se que duas pessoas cometam o mesmo delito, no mesmo dia. Porém, o processo de uma delas anda mais rápido que o outro. Com a perda de eficácia da lei incriminadora, apenas um deles seria punido. Mais ainda. Se assim não fosse, os fatos delituosos praticados nos últimos dias de vigência da lei ficariam impunes, dada a impossibilidade material de término dos respectivos processos criminais.

3. 6. Os crimes permanentes no direito intertemporal

Crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga no tempo (ex: Seqüestro ou cárcere privado). A este tipo de crime se aplica desde logo a lei nova, ainda que mais grave, porque a todo momento, durante a permanência, está atuando a vontade delituosa. Irrelevante que o estado de permanência tenha se iniciado sob a égide de lei mais benéfica¹⁵.

3. 7. Os crimes continuados no direito intertemporal

O crime continuado é constituído de vários fatos criminosos da mesma espécie, praticados pelo mesmo agente, de modo que os subseqüentes são tidos, pelas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, como continuação dos antecedentes. (ex: sucessivas subtrações de uma loja comercial por um em-

¹² Com a redação dada pela lei n. 7.209/84

¹³ "A lei excepcional temporária, como a que fixa a tabela de preços, aplica-se aos fatos praticados durante sua vigência, ainda que ultrapassado seu prazo de duração, não dando ensejo à inovação de lei mais benigna a ~~posterior revogação da lei, posto que~~ **posterior revogação da lei, posto que a multa punível é a cobrança do preço abusivo**" (TAMG - RT 592/382)

¹⁴ "O preço abusivo de produto essencial tabelado deve pagar-se ao instante em que é cobrado. Ora, se a tabela, complemento da lei, é lei, cuida-se então de lei temporária ou excepcional. Daí aplicar-se ao fato praticado durante sua vigência, mesmo depois de cessadas as circunstâncias que a determinaram" (TACRIMSP - RT 481/345). No mesmo sentido: RT 556/425, 492/391.

¹⁵ Cf. Nelson Hungria, op. cit., p. 136; Damasio E. de Jesus, op. cit., p. 103.

pregado). A situação é a mesma do crime permanente¹⁶. A lei nova aplica-se aos fatos praticados após sua vigência, desconsiderados os atos praticados na vigência da lei anterior¹⁷.

Damásio Evangelista de Jesus apresenta três hipóteses, relativamente ao crime continuada. Na primeira, o agente praticou a série de crimes sob o imperito de duas leis, mais grave a posterior. Incide a lei nova, ainda que mais grave. Na segunda, sobrevivendo lei nova incriminadora, os fatos penais praticados antes de sua vigência são irrelevantes. O agente responderá, então, pelos fatos cometidos sob a vigência da lei, a título de crime continuado, se estiverem presentes os requisitos ao seu reconhecimento. Finalmente, na terceira hipótese, de lei nova supressiva da incriminação, ela retroage, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência¹⁸.

3. 8. As leis interpretativas e corretivas no direito intertemporal

Também tais leis, se mais gravosas, não se aplicam aos fatos praticados anteriormente a sua vigência.

3. 9. As leis penais em branco e o direito intertemporal

Muitas vezes o preceito da norma penal está incompleto, dependendo ela, para sua executoriedade, de uma complementação. Quando isto ocorre, estamos diante de uma **normal penal em branco** ¹⁹.

A descrição da conduta típica é incompleta. Deve ser complementada ou por outra norma jurídica (ato legislativo) ou até mesmo por um ato administrativo. As disposições de outra lei (ato legislativo) ou de um Decreto (ato administrativo) que a complementam passam a integrá-la para todos os efeitos.

O art. 269 do C. Penal (omissão de notificação de doença) constitui exemplo de norma penal em branco: "Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória". As doenças cuja notificação é compulsória constam de decreto governamental, que assim complementa aquela norma penal em branco. Outros exemplos, no Código Penal: arts. 268 e 323.

Importa considerar, agora, a situação de tais **normas penais em branco** tendo em vista a sucessão da norma complementar no tempo. Isto é, a influência que a modificação da norma complementar exerce quando mais benéfica.

¹⁶ Cf. Nelson Hungria, op. cit., p. 136: "Em relação ao crime continuado (pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva), se os atos sucessivos já eram incriminados pela lei antiga, não há duas séries (uma anterior, outra posterior à lei nova), mas uma única (dada a unidade jurídica do crime continuado), que incidirá sob a lei nova, ainda mesmo que esta seja menos favorável que a antiga, pois o agente já estava advertido da maior severidade da sanção, caso persistisse na "continuação". Se, entretanto, a incriminação sobreveio com a lei nova, segundo esta responderá o agente, a título de crime continuado, somente os atos posteriores (subseqüentes à entrada em vigor da lei nova) apresentarem a homogeneidade característica da "continuação", ficando inteiramente abstraídos os atos anteriores".

¹⁷ "Tratando-se de crime continuado e havendo a lei nova atuado no curso de série delitiva, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial, quanto o do último" (STJ - RE 67.649, DJU de 16.10.95, pg. 34.683).

¹⁸ op. cit., p. 104

¹⁹ "corpos errantes à procura de alma", no dizer de Binding

É grande o debate sobre o assunto. Duas correntes se formaram no Tribunal de Justiça de São Paulo: uma admitindo e outra negando a retroatividade benéfica em se tratando de lei penal em branco. O Supremo Tribunal Federal, relativamente à revogação ou alteração de tabela de preços, entendeu aplicável a lei excepcional mesmo depois de encerrada sua vigência²⁰.

Basileu Garcia²¹, excepcionando o tabelamento de preços, defende a retroatividade, dizendo que a disposição extra-penal se impregna de conteúdo penal, passando a fazer parte do tipo.

Nelson Hungria²², Magalhães Noronha²³ e Frederico Marques²⁴, no entanto, defendem posição contrária.

Sebastian Soler²⁵, por sua vez, ensina que para haver retroatividade é preciso que a variação da norma complementar importe em verdadeira alteração da figura abstrata do tipo penal; e não uma circunstância secundária, que em realidade deixe subsistente a norma. Exemplifica com a hipótese de retirar-se de uma moeda este seu caráter monetário, o que não exercerá nenhuma influência em condenações por falsificação da mesma.

O Prof. Heleno Fragoso²⁶ também faz esta distinção entre os casos em que a alteração da norma complementar descriminaliza a conduta, beneficiando o réu, quando será retroativa, e aqueles outros em que isto não ocorre, como nas tabelas de preço, fixadas para atender situações momentâneas. De fato, alteração posterior do tabelamento não pode ser considerada para beneficiar o réu, sob pena de esvaziamento total deste tipo de norma penal em branco, que perderia eficácia. Considere-se que a simples alteração da tabela de preços não implica em **nova valoração jurídica da conduta**.

Examine-se o crime do art. 269, omissão de notificação de doença. Como se sabe, a relação das doenças cuja notificação é compulsória consta de um ato administrativo. Suponha-se um médico sendo processado por este crime quando os responsáveis pela saúde pública, verificando que aquela doença, por ele não notificada, não deveria constar da relação e a retiram. Houve alteração do próprio tipo, uma nova valoração jurídica do fato. Justifica-se, então, a retroatividade benéfica.

Por último, o posicionamento de Fernando Capez: a) se o complemento da norma penal em branco também for uma lei, a sua revogação retroagirá em benefício do agente, tornando atípico o fato cometido (ex: modificação da lei civil excluindo um determinado impedimento do rol do art. 183, face ao delito do art. 237 do

²⁰ "A revogação ou alteração da tabela, ou liberação do preço posteriores à infringência da norma penal em branco, não descriminam o fato típico anterior" (Rel. Cordeiro Guerra, RTJ 74/590)

²¹ op. cit., p. 155

²² op. cit., p. 137

²³ op. cit., p. 81

²⁴ op. cit., p. 276

²⁵ cf. E. Magalhães Noronha (op. cit., p. 82)

²⁶ op. cit., p. 116/117

CP); b) se o complemento for ato normativo infralegal, somente terá repercussão quando a norma complementar tiver sido editada em situação temporária ou de excepcionalidade (art. 3º). Assim, em relação do crime de venda de gênero acima do valor de tabela (art. 2º, VI, da lei 1.521), a modificação do valor da tabela, ou a revogação da tabela, não retiram a ilicitude da conduta, porque mesmo assim o agente continuou tendo vendido a mercadoria acima do valor da tabela então vigente. Já no crime do art. 12, “caput”, da lei 6.368 (entorpecentes), a exclusão da substância da relação da Portaria da DIMED torna o fato atípico, porque houve verdadeira alteração da estrutura do tipo ²⁷.

4. Tempo do crime:

4. 1. Evolução legislativa da retroatividade benéfica

O princípio da irretroatividade da lei penal é decorrência da consagração, no século das Luzes, do princípio do “nullum crimen nulla poena sine lege”.

Já o princípio da retroatividade da lei mais benéfica esbarrou, num primeiro momento, na intangibilidade da coisa julgada, limitação reconhecida por numerosas legislações de autores. Carrara apontava, como solução para o problema, para os casos definitivamente julgados, o instituto da graça, como forma de eliminar a injustiça da persistência da condenação em face do aparecimento da lei nova mais benigna.

O Código Criminal do Império, aludindo exclusivamente à pena, mandava aplicar a lei mais benigna para os crimes “que tiverem de ser sentenciados em primeira ou segunda instância, ou em virtude de revista concedida” (art. 309).

Já o Código de 1.890 determinava a aplicação da lei nova se cominasse pena menos rigorosa, inclusive se houvesse condenação definitiva (art. 3º)²⁸.

O Código Penal de 1.940, em sua redação original, mandava aplicar incondicionalmente a lei nova mais favorável aos casos de “abolitio criminis” e de cominação de pena menos grave. Nos demais casos (de lei posterior, “que de outro modo favorece ao gente”), apenas ao fato não definitivamente julgado.

A doutrina, no entanto, combatia o dispositivo, invocando a Constituição Federal de 1.946, e sustentava a ampla retroatividade da lei mais favorável, sem qualquer limitação.

Esse entendimento, constante do Projeto Nelson Hungria, acabou incorporado no Código Penal de 1.969, em seu art. 2º.

Posteriormente, a reforma penal de 1.984 acabou por trazer esse posicionamento para o Código Penal de 1.940, com a redação do parágrafo único do art. 2º: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

²⁷ ob. Cit., pg. 43/44

²⁸ cf. Heleno Fragoso, ob. cit., p. 111

4.2. A importância do estudo do tempo do crime

O estudo do tempo do crime, ou seja, a verificação do momento em que deve ele ser tido por praticado, reveste-se de grande importância prática. Veja-se a seguinte hipótese: alguém, faltando um dia para completar a maioridade penal, atira em outro, ferindo-o mortalmente. Contudo, a vítima apenas morre três dias depois, quando já maior de idade o autor do disparo. A consideração do tempo do crime como sendo aquele em que a ação de atirar foi praticada, leva à inimizabilidade do agente; a consideração como sendo aquele em que se deu o resultado, leva à responsabilidade penal do autor do disparo.

4.3. Doutrinas a respeito do tema

A doutrina aponta três soluções para a determinação do tempo do crime: a) **teoria da atividade**: o crime se considera praticado no momento mesmo da **ação ou omissão (conduta ou atividade)**; b) **teoria do resultado**: o crime apenas se configura no instante em que ocorre o resultado objetivado pelo agente; c) **teoria da ubiqüidade**: considera tempo do crime tanto o momento da ação como o do resultado.

4.4. O tempo do crime na legislação penal brasileira

A tendência dominante na doutrina sempre foi considerar a prática da ação como o tempo do crime (teoria da atividade), porque é neste momento que o agente transgredir a norma penal. Naquela hipótese levantada de início, o autor do disparo é inimputável, porque menor de idade. Nosso Código Penal não possuía qualquer dispositivo sobre o assunto. Apenas recentemente se introduziu o art. 4º, consagrando legislativamente a solução que a doutrina já encontrara: "*considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*"²⁹.

Assim, naquela hipótese aventada de início, o autor do disparo não responderá pelo crime, porque menor à época da conduta.

A questão do tempo do crime não foi tratada no Código Penal de 1.940, em sua redação original. Nelson Hungria, um dos revisores do Projeto Alcântara Machado, que resultou naquele diploma legal, assim se manifesta a respeito do tema: "*A teoria aceitável, a que decorre como corolário mesmo do princípio da **anterioridade da lei penal**, é a **da atividade**. Como diz Von Bar (ob. cit., pág. 81), desde que a lei penal é destinada a agir sobre a **vontade**, deve sr dada ao indivíduo a possibilidade de conhece-la; de modo que, logicamente, o tempo do crime não pode ser outro senão o tempo da ação, isto é, o tempo do **ato de vontade (Willensakt)**. Mesmo que a ação seja cometida quando já publicada a **lex nova**, mas ainda no seu período de **vacatio**, sobrevindo o resultado após o término deste,*

²⁹ Redação deste artigo determinada pela lei n. 7.209/84. Outrossim, já se decidiu: "Tratando-se de crime continuado e havendo a lei nova atuado no curso de série delitiva, tanto se considera momento da ação o do primeiro fato parcial, quanto o do último" (STJ - RE 67.649, DJU de 16.10.95, pg. 34.683).

a solução não muda: deve entender-se que o fato, como um todo, sob o ponto de vista jurídico-penal, ocorreu ao tempo da lei antiga, que ainda não perdera o vigor ao tempo da ação³⁰.

Também esta a lição de Magalhães Noronha, relativamente à teoria da atividade: *“É esta que mais intimamente está ligada à vontade do agente: é, por excelência, nesse momento eu, conscientemente, ele incorre no juízo de reprovação social. O resultado não depende exclusivamente do elemento volitivo do agente: há entre esse elemento e ele fatores imponderáveis que se subtraem à vontade ou ação do agente – pense-se no fato de uma pessoa atirar contra outra, ocorrendo não acertar, feri-la de leve, gravemente ou mata-la”*³¹.

O tema, no entanto, foi objeto do Projeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria, que resultou no Código Penal de 1.969, sendo, posteriormente, na reforma de 84, introduzido no Código Penal vigente (art. 4º, já referido).

Assim, não resta qualquer dúvida, em especial pela expressa previsão legal, que tempo do crime é o tempo da ação ou omissão.

Quando se fala em ação (em sentido estrito) ou omissão, se está falando, também, em conduta³², ou ação em sentido amplo.

Por outro lado, é preciso considerar que a ação (em sentido amplo) ou a conduta muitas vezes se compõem de atos. Veja-se a hipótese de alguém, pretendendo matar outrem, ministrar-lhe, diariamente, pequenas doses de veneno. Ao fim de certo tempo logrará atingir o seu objetivo, que é matar a vítima. A conduta (ou ação em sentido amplo) foi uma só, embora integrada por vários atos (cada uma das vezes que lhe ministrou a pequena quantidade de determinado veneno).

Resta, assim, a dúvida. Nesta hipótese, em que a conduta se integra de vários atos, qual o momento que se tem por realizada a ação (em sentido amplo), para os fins daquele art. 4º ?

Como assinala Zaffaroni, *“la realización de la conducta tiene generalmente un momento inicial y un momento terminal. Así, un sujeto mata a otro con diez dosis de veneno dadas en días sucesivos; otro incendia un campo y sigue arrojando combustible durante varias horas para que el incendio se extienda; otro secuestra a alguien y lo mantiene encerrado en su sótano durante tres meses. Cuál es en estos casos el momento de la comisión del hecho ¿ desde qué momento deben compararse las leyes que regían para determinar cuál es la más benigna ¿ Se aplica la ley que regía al tiempo en que cesa la conducta comisiva o ello implica una violación al principio de irretroactividad de la ley penal? ”*³³.

³⁰ op. cit., p. 135 e 136

³¹ op. cit., p. 83

³² Conforme ensina Roxin, “según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad” (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1.997, p. 196)

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar Editora, 1.977, p. 142

É ainda o ilustre penalista argentino quem, depois de dizer que a doutrina em seu país parece inclinar-se pelo momento do começo da atividade voluntária como sendo o tempo do crime, dá sua posição: “*Por nuestra parte creemos que es aquél em que la actividad voluntária cesa*”³⁴.

Realmente, esta a posição mais correta, de vez que somente se pode dizer realizada a ação quando se faz presente o último ato que a compõe. Antes disso, a conduta está em andamento, ainda não está completa.

4.5. Tempo do crime e termo inicial do prazo prescricional

Embora o legislador penal tenha adotado, para o estabelecimento do tempo do crime, a teoria da atividade, o certo é que, no tocante ao termo inicial do prazo prescricional, como se vê da redação do art. 111, não caminhou pela mesma trilha.

Mas não há qualquer contradição entre esses dispositivos legais. São duas situações diversas. Numa, trata-se de determinar o momento em que se tem por praticado o crime, quando se adotou a teoria da atividade (art. 4º); na outra, determina-se o termo inicial do prazo prescricional, optando-se, então, pela teoria do resultado.

Assim, não se aplica à prescrição a regra do art. 4º, não se podendo falar, em absoluto, em derrogação do art. 111 pela superveniência deste art. 4º. Mas, relativamente à redução do prazo prescricional para o agente relativamente menor (art. 115, primeira parte), incide a regra do art. 4º, levando-se em conta o tempo da ação³⁵.

Idêntica a situação no direito penal argentino³⁶.

BIBLIOGRAFIA

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.959

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.000

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000

³⁴ Id.

³⁵ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2.000, p. 10

³⁶ Como salienta Sebastian Soler, “con respecto a la prescripción, en cambio, es indudable que el art. 63, CP, toma en mira el momento del resultado, pues en ese sentido se pronuncia en el caso más extremo de duración delictiva, cual es el delito continuo, en el que comienza a contar desde que cesa de cometerse” (SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1.973. vol. 1, p. 198)

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.001

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1.976, Parte Geral

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 4ª ed., vol. 1

JESUS, Damásio E.. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.998, vol. 1

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.977, vol. 1

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas> Bookseller Editora, 1.997, vol. I

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2.000

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.998, vol. 1

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1.997

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1.973, vol. I

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar Editora, 1.977

O REGIME JURÍDICO-TRIBUTÁRIO DA FACTORING NO BRASIL

Jean Marcel Mariano de Oliveira*

1. CONCEITO DE FACTORING

Embora o conceito de factoring esteja atualmente sendo difundido de forma equivocada pela doutrina brasileira, em razão do modo como vem sendo praticado, alguns doutrinadores de renome no assunto já o definem da forma como é operado em outros países, os quais originaram a prática do fomento mercantil no Brasil.

Para Luiz Lemos Leite, presidente da Associação Nacional de Factoring, é a *prestação de serviços de alavancagem mercadológica, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição pro soluto de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo*, baseando-se na definição proposta pelo Projeto de Lei do Senado de n.º 230/95.

Já Fran Martins define o factoring como *técnica financeira e como técnica de gestão comercial, sendo que, com relação a essa, nota-se na faturização a interferência do faturizador nas operações do faturizado, selecionando os clientes deste, fornecendo-lhes informações sobre o comércio em geral, prestando-lhe, enfim, serviços que, de qualquer modo, diminuem os encargos comuns do vendedor*.

Por fim, a Lei n.º 9.249/95, em seu artigo 15, parágrafo primeiro, inciso III, letra "d", define factoring como a *prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços*.

Entendemos assim, ser este o melhor conceito de factoring, tantas vezes corroborado pela doutrina, como acima demonstrado, razão pela qual dele extraímos as atividades básicas operadas por uma empresa de fomento mercantil (factoring):

a) Prestação de Serviços - historicamente caracteriza o início de uma operação de factoring. A empresa de factoring, contribuinte do ISS, é a prestadora de serviços, atividade integrada no Contrato de Fomento Mercantil e respaldada nos artigos 1.216 a 1.236 do Código Civil;

*Advogado militante na cidade de Jundiaí/SP, formado na Faculdade de Direito Padre Anchieta.

b) Compra de Créditos - representada pela negociação de títulos correspondentes à legítimas transações mercantis amparada nos artigos 191 a 220 do Código Comercial.

2.COMO SE OPERA UMA EMPRESA DE FACTORING

O ciclo operacional do fomento mercantil inicia-se com a prestação de serviços, os mais variados e abrangentes e se completa com a compra dos créditos e/ou direitos gerados pelas vendas mercantis que são efetuadas por suas empresas-clientes.

Assim, em primeiro lugar, os serviços de apoio às empresas-clientes constituem-se em pressuposto básico da operação de fomento mercantil. Os serviços que normalmente presta uma sociedade de fomento mercantil à sua clientela-alvo, a pequena e média empresa, notadamente do setor produtivo são: ajuda na aquisição de matéria-prima (não financeira), organização de sua contabilidade, controle do fluxo de caixa, acompanhamento de suas contas a receber e a pagar, elaboração de orçamento de custos, busca de novos clientes, melhoria no padrão de seus produtos e expansão de vendas. O agente de fomento mercantil necessita ser o parceiro de suas empresas-clientes, mantendo com elas um estreito contato. É um profissional polivalente que deve estar preparado para dar ampla assistência à suas empresas-clientes possibilitando-lhes alcançar o equilíbrio financeiro e permitir uma expansão segura dos seus negócios. Pela prestação de serviços cobra-se uma comissão.

A consequência de toda aquela gama de serviços prestados se justifica para facilitar a compra dos créditos mercantis das suas empresas-clientes, tais direitos são representados por títulos de crédito e contratos. Em outras palavras, em segundo lugar, a sociedade de fomento mercantil fornece os recursos necessários ao giro dos negócios das suas empresas-clientes, através da compra à vista dos créditos, por ela aprovados, resultantes das vendas a prazo realizadas por suas empresas-clientes. É tipicamente uma venda mercantil, prevista nos artigos 191 e seguintes do Código Comercial. Como a sociedade de fomento mercantil compra créditos, é necessário calcular o preço pelo qual ela vai adquiri-los. Este preço chama-se "*fator de compra*", vez que empresa de factoring não faz empréstimos e, portanto, não pode cobrar juros.

A sociedade de fomento mercantil é proibida, por lei, fazer captação de dinheiro no mercado e empresta-lo a terceiros. Quem capta dinheiro e empresta dinheiro é banco, que depende de autorização do Banco Central do Brasil para funcionar. Quem pratica, sem autorização do Banco Central, qualquer atividade que legalmente é de banco, responde por um processo administrativo e por um processo criminal, tipificando a prática de crime contra a economia popular e agiotagem.

O factoring é um instituto de direito mercantil. Presta serviços e compra créditos (direitos) de empresas, sempre resultantes de suas vendas mercantis a

prazo. A transação é, portanto, mercantil. Traduz-se numa compra definitiva em que a sociedade de fomento mercantil assume os riscos da insolvência do devedor principal (*pro soluto*), ressalvado os casos de vício redibitório, onde a responsabilidade é da empresa-cliente (*pro solvendo*).

É importante ressaltar que, pela sua natureza jurídica, a factoring somente poderá ter como cliente pessoas jurídicas, conforme circular do Banco Central do Brasil de n.º 1.359/88 e Projeto de Lei do Senado n.º 230/95.

Nota-se que o conceito de factoring é proveniente do direito estrangeiro, inexistindo atualmente no Brasil qualquer norma legal a esse respeito, servindo de base para a sua operacionalização as disposições do Código Comercial, Código Civil e Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Receita Federal.

Em razão disso, várias distorções vem sendo cometidas, sendo a principal delas o fato de se considerar a factoring como simplesmente uma empresa que compra créditos para resgate futuro, o que significa a prática de uma operação financeira exclusiva de banco, operação esta proibida para empresas que não possuam autorização do Banco Central para funcionar como banco.

Para coibir esta prática ilegal, foi enviado ao Senado Federal um projeto de lei de n.º 230/95 que se aprovado irá regulamentar o assunto, razão pela qual todas as empresas registradas na JUCESP poderão ter que, num futuro próximo, adequar-se aos termos desta lei para continuar funcionando e não sofrerem punições do Banco Central.

Assim, é importante verificarmos os dizeres do Senador José Fogaça, autor do projeto acima mencionado, para termos uma noção da mens legislatoris externada neste projeto:

"De fato, quando nosso projeto aqui chegou, percebi que alguns senadores olharam com desconfiança, pela existência múltipla e descontrolada, sem fiscalização de empresas que se auto-entitulam de factoring, para com isso encobrir essa prática de falsidade ideológica, este engodo, esta picaretagem, que se vê praticada por esse tipo de pessoa. Com base nessas expectativas, ou pelo menos nessa experiência superficial do mercado de factoring no Brasil, todos ficaram com uma certa desconfiança quanto a estar protegendo empresas que praticam agiotagem, compra de cheques, intermediação financeira, tão somente isso, sem serem fiscalizadas pelo Banco Central.

*Quando, dentro da Comissão de Economia, ficou comprovado que é exatamente o contrário, ou seja, aprovado o nosso projeto, haverá uma varredura absoluta da picaretagem de factoring no Brasil e uma preservação enxugada somente das empresas sérias. **Por quê uma empresa factoring não pode praticar agiotagem, que é compra de cheques com grande deságio?** Porque tem que ter um contrato, segundo nosso projeto de lei, com a empresa, através de uma ação de assistência de fomento mercantil de um, dois, quatro anos. Para que a empresa*

venha a auferir lucros - e trata-se de uma atividade rentável que busca o lucro como qualquer atividade capitalista deste país -, é preciso que vá muito bem. A empresa para qual o profissional de factoring dá assistência não pode ser escorchantemente explorada por agiotas, senão quebra. Ao profissional de factoring interessa que a empresa dê certo, que tenha grandes lucros, que cresça. E assim, por intermédio de um contrato de longa duração, de um casamento de longo tempo entre o profissional de factoring e a empresa, eles caminham juntos. Se eu quisesse abrir uma atividade de factoring, não estaria proibido, mas só posso usar recursos de minha propriedade. Não posso ir ao mercado, como faz uma instituição financeira, captar recursos financeiros e, depois, oferecê-los por taxas mais altas. Isso é privativo das instituições financeiras públicas e privadas, de acordo com a lei n.º 4.595, como nós sabemos há tanto tempo. Não posso intermediar títulos público, nem mesmo títulos privados. Essa consideração, que me parece ser neste momento tão adequada, tão apropriada para os fatos que estão sendo revelados ao País, estamos fazendo há dois anos, pedindo a aprovação do nosso projeto de lei. Então faço mais uma vez um apelo aos Srs. Senadores nesse sentido. Aprovada a lei do factoring, mandamos os picaretas ou para a prisão ou para o olho da rua., Sr. Presidente. E esse tipo de atividade não mais seria objeto de comissões parlamentares de inquérito no Senado".

Outrossim, existe no Brasil uma associação denominada ANFAC (Associação Nacional de Factoring), criada em 11 de fevereiro de 1.982 com o objetivo de implantar no Brasil o mecanismo da factoring. Em sua cartilha publicada em janeiro de 2.001, o Sr. Luiz Lemos Leite, presidente dessa associação, proferiu as seguintes palavras acerca do assunto:

"Assunto das manchetes, agiotagem é um termo de conotação pejorativa, que significa o comércio especulativo de empréstimos clandestinos e informais, cobrando juros excessivos com vistas a auferir lucros exagerados ou vantagens exorbitantes. Diariamente, os agiotas, através de anúncios em jornais, atraem as pessoas em dificuldades financeiras ou endividadas que, no desespero, aceitam pagar juros de, no mínimo 18% com pagamentos estipulados para prazos curtos que, em geral, variam de um a quatro meses, garantidos com igual número de cheques pré-datados e com outros bens.

O combate legal à agiotagem está, entretanto, condicionado à regulamentação do artigo 192 da Constituição Federal, que fixou em 12% os juros anuais. Sem que isso ocorra, infelizmente, torna-se complicado punir alguém por emprestar os seus próprios recursos.

O custo primário do dinheiro é fixado pelo Banco Central, que monitora a economia por meio das taxas de juros dos títulos públicos. Teoricamente, essas taxas deveriam consolidar as taxas de juros dos empréstimos. No entanto, a diferença entre ambas é estratosférica, de 2% ao mês, numa ponta, até 15% ao mês,

noutra.

O processo inflacionário brasileiro, com mais de 30 anos de duração, fez com que as pessoas perdessem a referência do que é uma taxa nominal de juros decente, o que num país civilizado não chega a 20% ao ano. Dessa forma, quem não tem acesso as fontes tradicionais de financiamento entra num mundo de clandestinidade, em que a taxa efetiva pode atingir 50% ao mês. Os anúncios destas barbaridades estão na seção de classificados dos grandes jornais do País, para quem quiser conferir.

Nos últimos tempos, a mídia tem veiculado com maior freqüência, notícias sobre factoring. Verifica-se, entretanto, que algumas pessoas insistem em afirmar equivocadamente, que o fomento mercantil desconta cheques, ou ainda, empresta recursos financeiros, equiparando-se com a agiotagem.

O fomento mercantil (factoring) é um conjunto de serviços que deve ser prestado por empresa profissionalmente habilitada, especializada em pratica-lo e destina-se a ajudar exclusivamente pequenas e médias empresas, o seu mercado-alvo. Essas empresas costumam apresentar dificuldades para identificar e dimensionar as suas deficiências, principalmente no que tange ao acompanhamento de suas contas a receber e a pagar, controle de estoques, formação de custo e preço de seus produtos, conhecimento do mercado em que atua, atividades que, por acarretar um custo elevado, normalmente são negligenciadas, até porque, por ser pequena, a empresa não têm condições financeiras de contratar um profissional para cuidar do seu departamento administrativo e financeiro.

O fomento mercantil, praticado dentro da legalidade, pode oferecer inúmeros benefícios para a empresa-cliente. As 700 empresas do sistema ANFAC/FEBRAFAC são sociedades mercantis legalmente constituídas e registradas, que só operam mediante celebração de contrato de fomento mercantil, pagam regularmente todos os seus impostos, contabilizam todos os seus negócios, concorrem para melhorar a liquidez do sistema econômico e inibem a desintermediação financeira. Prestam, inegavelmente, relevantes serviços a uma clientela constituída por 50 mil pequenas e médias empresas.

No plano cambiário, não se constituindo instituição financeira, a sociedade de fomento mercantil, como compradora, deve fazer a aquisição definitiva dos créditos que foram gerados pelas vendas mercantis de suas empresas-clientes, sendo-lhe vedado "descontar títulos", bem como captar recursos do público e fazer intermediação de títulos públicos ou privados no mercado, atividades que são legalmente privativas de instituição financeira, autorizada a funcionar pelo Banco Central.

Banco não compra créditos, mas capta recursos do público e os empresta. A sociedade de fomento mercantil presta serviços, os mais variados e abrangentes, à sua clientela - pequenas e médias empresas - e compra créditos (direitos resultantes de vendas mercantis) com recursos não coletados da poupança pública, sem colocar em risco recursos de terceiros.

Esta é uma constatação só aferível por pessoas que efetivamente tenham vivência do mundo dos negócios e do factoring, hoje praticado em 50 países. O fomento mercantil deve ser encarado como mecanismo de suporte ao segmento da pequena e média empresa e não como alternativa para mascarar negócios legalmente privativos de instituição financeira ou para justificar sofisticados planejamentos tributários e outros tipos de negócios pouco lícitos, acobertados por uma "placa" de factoring.

Não podemos admitir aqueles que picareteiam uma atividade que é séria, própria para profissionais. Agiotagem é caso de polícia".

Como visto, este é o entendimento externado por pessoas ligadas à associações que se dedicam à prática do fomento mercantil, e que se baseiam no real conceito de factoring, para buscar adequar as empresas associadas aos termos do projeto de lei que encontra-se em trâmite no Congresso Nacional e que vai regular a prática do fomento mercantil no Brasil.

Contudo, este conceito é apenas doutrinário, razão pela qual o factoring é praticado no Brasil de forma incorreta, vez que inexistente lei tratando do assunto. Assim, de acordo com a doutrina em vigor, que baseia-se na ausência de lei para classificar os tipos de factoring, temos a seguinte classificação destas sociedades:

I) Convencional - É a compra dos direitos de créditos das empresas fomentadas, através de um contrato de fomento mercantil;

II) Maturity - A Factoring passa a administrar as contas a receber da empresa fomentada, eliminando as preocupações com cobrança;

III) Trustee - Além da cobrança e da compra de títulos, a Factoring presta assessoria administrativa e financeira às empresas fomentadas;

IV) Exportação - Nessa modalidade, a exportação é intermediada por duas empresas de Factoring (uma de cada país envolvido), que garantem a operacionalidade e liquidação do negócio;

V) Factoring Matéria-Prima - A Factoring nesse caso transforma-se em intermediário entre a empresa fomentada e seu fornecedor de matéria-prima. A Factoring compra à vista o direito futuro deste fornecedor e a empresa paga à Factoring com o faturamento gerado pela transformação desta matéria-prima.

Atualmente, a modalidade mais conhecida de factoring é a do tipo convencional, a qual no entendimento de grande parte da doutrina e jurisprudência caracteriza a prática de agiotagem, sendo certo que o projeto de lei em trâmite do Congresso Nacional irá regulamentar o fomento mercantil de forma oficial, conjugando as suas modalidades, como vem sendo feito por outras legislações, mormente as tributárias.

Assim, mesmo que iniciado um negócio utilizando-se o modelo convencio-

nal de factoring, este poderá vir a ter que se adaptar aos termos desta nova legislação que eventualmente será aprovada, além de correr alguns riscos de sofrer investigação criminal, sob alegação de agiotagem.

3. ATUAL BALIZAMENTO LEGAL DO FACTORING NO BRASIL

- **Circular do Banco Central n.º 1.359/88** - Por esta circular, a Diretoria do Banco Central reconheceu ser o factoring atividade mercantil mista atípica mediante o compromisso pessoalmente assumido pela presidência da ANFAC de não fazer qualquer tipo de intermediação de recursos de terceiros no mercado, comprar efetivamente créditos mercantis e só operar com pessoas jurídicas;

- **Artigo 15, § 1º, inciso III, letra "d" da Lei n.º 9.249/95, ratificado pela Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2.144/95, artigo 58 da lei n.º 9.430/96 e pelo artigo 58 da Lei n.º 9.532/97** - apresenta uma definição legal das atividades de uma empresa de factoring;

- **Artigos 1.216 a 1.236 do Código Civil** - que regula a prestação de serviços;

- **Artigos 191 a 220 do Código Comercial** - que regula a compra e venda mercantil;

- **Artigos 1.065 a 1.079 do Código Civil** - que regula a cessão de direitos, aplicável à empresa de factoring no que diz respeito à aquisição de créditos e/ou direitos de suas empresas-clientes;

- **Lei n.º 5.474/68 e Decreto-Lei n.º 167/67** - que regulam as vendas mercantis a crédito, regulamentando a emissão de duplicatas mercantis;

- **Decreto n.º 57.663/66** - Este decreto promulgou as convenções para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias;

- **Lei n.º 7.357/85** - Dispõe sobre o cheque e dá outras providências;

- **Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal n.º 51/94** - A real finalidade desse normativo foi descaracterizar a natureza financeira da operação de compra de créditos (direitos) resultantes de vendas mercantis realizada pela sociedade de fomento mercantil, reconhecendo tratar-se de operação puramente comercial, que tem fulcro nos arts. 191 a 220 do Código Comercial, ratificando, portanto, o entendimento de operação própria de uma empresa mercantil.

- **Circular do Banco Central n.º 2.715/96** - Através desta circular foram restabelecidos os limites de crédito que as empresas de factoring, como sociedades mercantis, desfrutavam nos bancos e que foram suspensos pela Resolução n.º 2.118/94 do Conselho Monetário Nacional e Circular n.º 2.511/94 do Banco Central do Brasil.

Por fim, existem alguns dispositivos legais que consagram determinadas práticas que poderão dar início a uma investigação para a apuração da crime contra a economia popular e/ou agiotagem, de acordo com o que foi acima demonstrado:

- **Artigo 44, § 7º da Lei n.º 4.595/64** - pune com multa e detenção de 1(um) a 2(dois) anos os diretores ou administradores da pessoa jurídica que atuar como instituição financeira sem autorização do Banco Central do Brasil;

- **Artigo 16 da Lei n.º 7.492/86** - pune com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) aquele que fizer operar uma instituição financeira sem autorização do Banco Central, ou ainda, com autorização obtida mediante declaração falsa;

- **Artigo 160 do Código Penal** - delito denominado de extorsão indireta punido com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa;

- **Lei n.º 1.521/51**- Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.

- **Medida Provisória n.º 1.820/99** - Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração.

4. PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 230/95

Dispõe sobre as operações de fomento mercantil factoring e dá outras providências.

Art. 1º - Entende-se por fomento mercantil, para efeitos desta lei, a prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços.

§ 1º - As operações de fomento mercantil realizadas com títulos de crédito

deverão conter endosso em preto e cláusula especial e reger-se-ão pelas disposições pactuadas em contrato específica, que estabelecerá as obrigações das partes contratantes, obedecido o disposto nesta lei.

§ 2º - São partes, no contrato de fomento mercantil:

- a) a cedente-endossante-sacadora, uma pessoa jurídica e
- b) a cessionária-endossatária, a sociedade de fomento mercantil.

§ 3º - A devedora-sacada deverá ser notificada da cessão havida.

Art. 2º - A sociedade de fomento mercantil constituir-se-á sob a forma anônima ou limitada, terá por objeto social exclusivo a prática de fomento mercantil, definido no art. 1º desta lei, e adotará em sua denominação social as expressões "Fomento Mercantil" ou "Fomento Comercial".

Parágrafo Único - É vedado à sociedade de fomento mercantil:

- a) captar recurso junto ao público; e
- b) executar operações de natureza própria daquelas realizadas pelas instituições financeiras que dependem de prévia autorização do Banco Central do Brasil para funcionar, de acordo com a Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1.964, e a Lei n.º 7.492, de 10 de junho de 1.986.

Art. 3º - As receitas operacionais da sociedade de fomento mercantil compõem-se de:

- I - comissão de prestação de serviços;
- II - diferencial na aquisição de créditos;
- III - outras, que não conflitem com o disposto na alínea "b" do parágrafo único do artigo 2º desta lei.

Art. 4º - A cedente se responsabiliza civil e criminalmente pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito cedido, respondendo pelos vícios redibitórios.

Art. 5º - No caso de insolvência, concordata ou falência dos devedores, a cessionária (sociedade de fomento mercantil) habilitar-se-á no processo.

Art. 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar e organizar o Conselho Federal de Fomento Mercantil, constituído sob a forma de autarquia.

Parágrafo único - O Conselho Federal de Fomento Mercantil terá sede e foro na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, podendo criar, a seu critério, Conselhos Regionais, tendo por finalidade supervisionar, orientar e disciplinar todas as atividades relacionadas ao fomento mercantil, bem como aplicar as sanções disciplinares a serem estipuladas pelo Código de Ética Profissional.

Art. 7º - As sociedades de fomento mercantil já constituídas terão o prazo de cento e oitenta dias, contados da data de publicação desta lei, para se adaptarem a seus preceitos.

Art. 8º - Esta lei será regulamentada no prazo de trinta dias, contados da data da publicação.

Art. 9º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 - Revogam-se as disposições em contrário.

5. FORMALIDADES PARA ABERTURA DE UMA FACTORING

Por se tratar de uma empresa mercantil, a factoring é regida pelas normas e diplomas legais de Direito Comercial em vigor no Brasil.

Assim, as formalidades para a constituição de sociedades comerciais são aquelas previstas em legislação própria para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e para as sociedades anônimas.

Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, cada quotista, ou sócio, entra com uma parcela do capital social, ficando responsável diretamente pela integralização da quota que subscreveu, e indiretamente ou subsidiariamente pela integralização das quotas subscritas por todos os outros sócios. Uma vez integralizadas as quotas de todos os sócios, nenhum deles pode mais ser chamado para responder com seus bens particulares pelas dívidas da sociedade. A responsabilidade, portanto, é limitada à integralização do capital social.

A sociedade anônima possui como características uma estrutura destinada a grandes empreendimentos, vez que a própria lei recomenda que empreendimentos menores se tornem sociedades por quotas de responsabilidade limitada, deve possuir no mínimo 2 (dois) acionistas e o seu capital é dividido em ações. A responsabilidade dos acionista é, em princípio, absolutamente limitada à integralização das ações por ele subscritas.

As factorings, criadas sob a forma de "limitadas", são regidas pelo Decreto

n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1.919, enquanto as que tomam forma de "sociedades anônimas" são regidas pela Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1.976.

Questão interessante diz respeito ao capital social desta empresa. Como mencionado anteriormente, inexistente no Brasil qualquer legislação específica tratando do assunto. Outrossim, tais empresas (factorings) não são fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil por não serem instituições financeiras, não estando, desta forma, sujeitas aos regulamentos desta instituição.

Igual importância para a definição do capital de uma empresa de fomento mercantil tem o fato de que estas empresas estão proibidas por lei de angariar recursos públicos para repassar aos seus clientes, bem como tem se notado alguma dificuldade em se obter financiamentos bancários para capital de giro destas empresas.

Desta forma, o capital social destas empresas deve ser suficiente para aquelas atividades que as mesmas se proponham a realizar, sempre levando em consideração as exigências da prática comercial do local de seu estabelecimento.

O registro destas sociedades será feito na Junta Comercial do Estado, e o contrato social deverá apresentar como objeto social da empresa a prática de fomento mercantil, prevendo os serviços que estarão à disposição das empresas-clientes, de forma a tornar lícita a aquisição dos créditos provenientes das vendas a prazo desta empresas-clientes, evitando assim qualquer alegação crime contra a economia popular.

Outrossim, como em qualquer outro empreendimento comercial, o empresário tem necessidade de elaborar um plano de implantação que contemple alguns pontos básicos para tornar viável e rentável seu negócio. Por ser uma atividade de alta sofisticação, demanda conhecimentos e profissionalismo. A falta destes requisitos podem levar uma empresa de factoring à ruína.

No entender de Luiz Lemos Leite, presidente da ANFAC, instituição criada em 1.982, são requisitos imprescindíveis para a implantação de uma empresa de factoring:

A) MERCADO

- definição do mercado-alvo
- definição do cliente-alvo
- canais de vendas

B) ESTRUTURA

- organograma funcional
- descrição dos cargos
- orçamento de custos, pessoal e salários

C) OPERAÇÃO

- crédito - política e procedimentos
- desembolso - política e procedimentos
- cobrança - política e procedimentos
- contabilidade - política e procedimentos
- relatórios gerenciais

D) ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA

- administração de caixa
- alavancagem financeira
- relacionamento bancário
- linhas de crédito adequadas
- formação do preço de compra dos créditos

Outros requisitos são ainda necessários para o crescimento da empresa de fomento mercantil, tais como o acompanhamento da conjuntura econômica e estudos de projeção de caixa, de renda e do balanço para exercícios futuros.

6. ENCARGOS TRIBUTÁRIOS DE UMA FACTORING

A maior ou menor carga tributária de uma empresa que explora o fomento mercantil dependerá de alguns elementos tais como: existência de empregados, o que fará com que seja devido a contribuição previdenciária do empregador ao INSS, a sua instalação num município onde seja devido o ISS, entre outros. Os tributos em regra devidos são:

a) IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ) - A base de cálculo deste tributo é o lucro real apurado trimestralmente, podendo, se adequado aos termos da lei, valer-se a empresa do seu lucro por estimativa ou do seu lucro presumido. Desta forma, como a empresa de factoring é uma empresa propriamente mercantil, escriturará em sua contabilidade o faturamento e suas despesas, apurando-se aí a base de cálculo do tributo, sendo importante ressaltar que o fato de ser parcelado ou não o resgate do crédito adquirido, é em última análise irrelevante para o pagamento do tributo, vez que influenciará somente na base de cálculo de um determinado período. A alíquota será de 15% (quinze por cento), conforme previsto na Lei n.º 9.430/96.

b) CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) - Da mesma forma como ocorre com o imposto de renda da pessoa jurídica, esta contribui-

ção possui uma base de cálculo que leva em conta o lucro da empresa, mas desta vez o seu lucro líquido, apurado durante um trimestre. Assim, o parcelamento do resgate do crédito somente influenciará nesta base de cálculo, aumentando-a ou diminuindo-a, o que também ocasionará um aumento ou diminuição no valor do tributo devido. A alíquota é de 8% (oito por cento).

c) CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL (COFINS) - Esta contribuição apresenta como base de cálculo o faturamento mensal. Como a base de cálculo deste tributo leva em conta os valores faturados num determinado mês, sendo certo que a empresa de fomento mercantil não vende mercadorias, mas presta serviços e adquire créditos e direitos. Tal faturamento diz respeito exclusivamente aos serviços faturados, pelo que o resgate parcelado dos créditos em nada interfira no valor faturado destes serviços durante um mês. Com relação a este tributo, é importante ressaltar que através do Ato Declaratório n.º 31/97, tentou-se alterar a sua base de cálculo especificamente para as empresas de factoring, incluindo nesta o valor total da operação, inclusive aquela de compra dos direitos creditícios, o que as onerariam ainda mais. Contudo, tal alteração legislativa é totalmente inconstitucional, vez que a base de cálculo original da COFINS, e válida para todas as empresas que vendem mercadorias e comercializam serviços, vem prevista na Lei Complementar n.º 70/91, que em hipótese alguma pode ser alterada por um Ato Declaratório face a hierarquia das normas. Assim, no caso das factoring, a base de cálculo da COFINS continua sendo o faturamento mensal dos serviços prestados. A alíquota desta contribuição é de 2% (dois por cento).

d) CONTRIBUIÇÃO PARA OS PROGRAMAS DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) - Esta contribuição apresenta como base de cálculo a receita operacional bruta. Como a receita da factoring é proveniente das comissões recebidas em razão dos serviços efetivamente prestados e dos valores resgatados dos créditos que adquiriu, o resgate parcelado destes últimos fará como que a base de cálculo seja maior ou menor e, dentro de um determinado mês, mas dentro deste determinado mês não será devido o tributo sobre a receita do mês seguinte que será composta pelo resgate de uma outra parcela de uma operação de factoring. A alíquota é de 0,65% (zero vírgula sessenta e cinco por cento).

e) PREVIDÊNCIA SOCIAL (INSS - empregador) - As empresas que possuem empregados, deverão recolher a mencionada contribuição, sendo certo que a sua base de cálculo da mesma é a folha de pagamento da empresa, para o caso de possuir empregados assalariados, ou ainda o valor total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês pelos serviços que prestem, para o caso de segurados empresários (pró-labore), trabalhadores autônomos e equiparados, prestadores de serviços avulsos e demais pessoas físicas autônomas não inscritas. A alíquota para o caso de empregados assalariados é de 20%

(vinte por cento) e de 15% (quinze por cento) para as demais situações já mencionadas.

f) PREVIDÊNCIA SOCIAL (INSS - contribuinte) - A base de cálculo desta contribuição é a quantidade de salários de contribuição, sendo certo que o salário contribuição é calculado de acordo com o tempo de filiação do contribuinte na Previdência Social.

g) IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - A lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 56/87, prevê no seu item 48 que o "agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchise) e de faturação (factoring) são serviços tributados pelo ISS. Assim, neste imposto a base de cálculo é o faturamento referente à prestação de serviços, valendo ressaltar que a obrigatoriedade ou não do pagamento deste imposto vem previsto na legislação municipal onde estiver instalada a factoring. Como exemplo, no município de Jundiaí/SP, de acordo com o Decreto n.º 16.236/97 (Código Tributário Municipal), artigo 41, n.º 47, as empresas de factoring que seguem o padrão da prestação de serviços deverão recolher o ISS. A alíquota poderá variar de acordo com a lei municipal.

Existe parte da doutrina que alicerça seu conceito de factoring no modo convencional, ou seja, atribui como atividade básica da factoring a compra de créditos, entendendo que neste caso também é devido por estas empresas o IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF), o que está totalmente incorreto, embora exista lei tratando do assunto e prevendo tal incidência, mas que está pendente de decisão judicial acerca da sua inconstitucionalidade, já que o próprio fisco reconhece que a factoring não pratica e nem pode praticar operações financeiras, e caracteriza-se como uma atividade eminentemente comercial, sem quaisquer interferências nos mercados financeiros e de capitais, além de tal prática caracterizar agiotagem.

Outrossim, na operação de fomento mercantil inexistente a cobrança de juros, mas sim existe um "preço" convencionado para a compra dos direitos, o que descaracteriza de forma derradeira o fomento mercantil como prática financeira, sendo certo que as suas reais operações não geram a incidência do IOF.

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 07 de abril de 1.998, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 119.705-RS, deixou bem claro que as empresas de factoring não se incluem no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, não realizando operações típicas de instituições financeiras definidas no art. 17 da Lei n.º 4.595/64. Portanto, a cobrança do IOF está totalmente inviabilizada em relação às empresas de factoring.

Também não há que se cogitar acerca do pagamento do IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS), vez que a empresa de factoring não tem como atividade básica a compra e venda de mercadorias, e os

serviços por ela praticados geram a incidência do ISS.

Por fim, é importante ressaltar que se as operações financeiras forem executadas com a utilização do sistema bancário, o que embora mais oneroso é recomendável, será devido também aos cofres públicos a CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE AS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS (CPMF).

7. CONCLUSÃO

De acordo com o que foi exposto, verifica-se não ser viável o início de um negócio de fomento mercantil amparado apenas no que a doutrina chama de "factoring convencional", forma muito praticada atualmente no Brasil, mas tem sido fonte de inúmeras discussões jurídicas acerca da existência ou não da agiotagem nestas operações, ainda mais sabendo-se que a própria lei, em vários dispositivos legais, já prevê o factoring na modalidade conjugada, como é praticado em diversos países do globo terrestre. Não bastasse isso, ainda existe o fato da existência do Projeto de Lei do Senado n.º 230/95 que, se aprovado, regulamentará definitivamente o fomento mercantil, conjugando-o como prestação de serviços e aquisição de créditos, como ocorre atualmente com mais de 700 empresas registradas na ANFAC, o que fará com que aquelas que executam o factoring de forma errada sejam obrigadas a mudarem os seus procedimentos ou acabem tendo que encerrar suas atividades, sob pena de procedimento judicial para a apuração da prática de agiotagem.

Contudo, o início das atividades desta forma de empresa deve ser encarado com uma certa cautela, vez que existe atualmente uma certa dificuldade para a aquisição de créditos bancários específicos o giro do capital desta empresa, ainda mais porque é expressamente proibido às factorings operarem com recursos captados junto ao público, o que é privativo das instituições financeiras. Embora inexistente um capital mínimo necessário para a constituição legal de uma factoring, a prática comercial é que em verdade vai determinar qual é esse capital, vez que empresas sem qualquer condição financeira não terão como ocupar seu espaço no mercado.

8. BIBLIOGRAFIA

- Contratos Mercantis, Waldirio Bulgarelli, 4ª Edição, Editora Atlas.
- Factoring no Brasil, Luiz Lemos Leite, 6ª Edição, Editora Atlas.
- Contratos, Orlando Gomes, 17ª edição, Editora Forense.
- Resumo de Obrigações e Contratos (Civis e Comerciais), Maximilianus Cláudio Américo Führer, 14ª edição, Malheiros Editores.

- Código Tributário Nacional, 27ª edição, Editora Saraiva.
- Código Penal, 34ª edição, Editora Saraiva.
- Código Comercial, 42ª edição, Editora Saraiva.
- Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Theotonio Negrão, 18ª edição, Editora Saraiva.
- Cartilha do Factoring - 2001, Associação Nacional de Factoring, disponível na internet pelo site www.factoring.com.br.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO PÚBLICO

Cláudio Antônio Soares Levada*

A partir do advento do artigo 236 da Constituição Federal, avolumam-se as divergências no tocante à natureza, e à extensão subsequente, da responsabilidade civil, penal e administrativa do Notário Público. Neste apanhado, procura-se-á definir a responsabilização civil notarial, tendo em vista não só a nova ordem constitucional, como também a lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Dispõe o artigo 236 da Constituição Federal que “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Já o § 1º do mesmo artigo prevê a disciplina da responsabilidade civil e criminal “dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos” através de lei, aspecto regulamentado pela citada lei 8.935/94.

Referida norma legal estabelece em três artigos a sistemática dessa responsabilização. Confiram-se:

“Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurando aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

Art. 23. A responsabilidade civil independente da criminal.

Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública”.

Partindo-se da premissa de que as leis não comportam expressões inúteis, defende-se que a responsabilidade dos notários é objetiva em relação aos danos causados a terceiros, voltando-se contra seus prepostos nas hipóteses de terem estes agido com dolo ou culpa. À evidência, e aí a questão é remansosa, também contra o Estado poderá voltar-se o prejudicado, por alternativa sua, igualmente aplicando-se as regras da responsabilidade objetiva, consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Para que se chegue à mencionada conclusão, é preciso atentar para o uso da expressão “responderão pelos danos” constante do artigo 22 da lei 8.935/94. Fosse essa expressão, no caso, modalidade de responsabilidade subjetiva, e não haveria motivo para diferenciação a seguir efetuada, no sentido de que, para o exercício do direito de regresso, impõe-se a comprovação de dolo ou culpa dos prepostos da Serventia.

* Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Doutorando pela PUC / SP, Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito “Padre Anchieta”, de Jundiá / SP.

Ou seja, em um caso, dos notários, a lei julgou suficiente, por se tratar de responsabilidade objetiva, simplesmente afirmar essa responsabilidade; na outra hipótese, dos prepostos, julgou necessário esclarecer que o direito de regresso só será assegurado em havendo dolo ou culpa por parte dos agentes.

Essa é, e usando termos similares, a mesma técnica legislativa que se observa no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que pacificamente – consagra hipótese de responsabilidade objetiva do Estado. Cite-se-o:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifo nosso).

Como se vê, também aí o uso da expressão responderão, simplesmente, caracteriza a natureza objetiva da responsabilidade do Estado. E para que este tenha assegurado o direito de regresso contra seus agentes, teve a norma constitucional o mesmo cuidado, que vislumbra no artigo 22 da lei 8.935/94, de especificar a necessidade de prova de dolo ou culpa de tais agentes – hipótese de responsabilidade subjetiva, em conseqüência.

Poder-se-á objetar com o uso da expressão “caráter privado”, constante do artigo 236 da Constituição Federal, na definição do exercício dos serviços notariais e de registro, como se por ela os notários não mais pudessem ser tidos como agentes do Poder Público (o que excluiria, até, a responsabilidade civil do Estado por seus atos).

Desse sentir é o ensinamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (RT 662/7):

“A atual Carta Magna inovou, também, acerca desse assunto, dispondo em seu artigo 236, “caput”: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” Portanto, não se pode mais insistir na qualidade de agentes do Poder Público para os notários e, por isso mesmo, não se haverá de entrever responsabilidade civil do Estado por ato de quem exerce em caráter privado o serviço notarial. A situação é equivalente à das empresas concessionárias de serviços de transporte coletivo ou de comunicações. O § 1º do art. 236 da CF deixa bem claro que, na espécie, a responsabilidade civil é pessoal do tabelião e do oficial de Registro: “Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de Registro e de seus propositos, e definirá fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”.

No entanto, o mesmo e consagrado autor, após excluir a responsabilidade do Estado pelos atos notariais, defende que “Parece-me, porém, que a nova responsabilidade dos notários e oficiais de registro será “objetiva”, dispensando-se a perquirição do elemento culpa, em face da regra do § 6º do art. 37 da Constituição, que equipara as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público às pessoas jurídicas de direito público, em matéria de responsabilidade civil.”

Com maior razão a defesa desse posicionamento após a edição da lei 8.935/

94, que utiliza até, como visto, a mesma redação do § 6º do artigo 37 da CF para definir a natureza da responsabilidade dos titulares do serviço notarial e oficiais do Registro Público.

No entanto, mesmo na questão da responsabilidade do Estado, direta, pelos atos notariais, a razão está, com o devido respeito, com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao defender que a Constituição Federal, ao falar em exercício dos serviços notariais por delegação do Poder Público, “não afastou a responsabilidade do Estado pelas faltas e abusos que cometam os servidores, uma vez que as atividades são exercidas por delegação do Poder Público” (“Instituições de Direito Civil”, Forense, tomo “Responsabilidade Civil”; 2ª ed., 1990, pág. 184, n. 137).

Quanto à definição do notário público como verdadeiro funcionário público, sujeitos assim tanto o Estado (por força do art. 22 da lei 8.935/94), à responsabilização de ordem objetiva, bem ensina o culto e abalizado Juiz paulista JOSÉ RENATO NALINI que “o notário brasileiro é do tipo latino. O notário é um funcionário público a título “sui generis”, pois remunerado diretamente pela parte, mediante custas e emolumentos. Além disso, é titular da fé pública e está vinculado ao Poder Judiciário, que lhe fiscaliza os atos de ofício e exerce disciplina administrativa. A Constituição da República não inovou a respeito. A delegação apenas restou explicitada na lei fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública. E é simples concluir que, não fora pública a função exercida e não haveria necessidade de delegação. O Poder Público apenas delega aquilo que detém” (“A responsabilidade civil do notário”, RJTJSP, 130/19).

A partir da premissa, pois, de que os notários integram o Poder Público e, nessa qualidade, respondem pelos danos causados a terceiros, consumidores dos serviços prestados, tem-se que essa responsabilização independerá de comprovação de culpa por parte do titular do serviço notarial ou de seu oficial registrário, até porque essa demonstração é, para o cliente, muitas vezes difícil, senão impossível. Importa, para o cliente, haver procurado determinado serviço notarial, com responsáveis definidos, e nessa Serventia terem sido prestados a ele os serviços solicitados, desde simples reconhecimento de firma, até a lavratura da mais complexa escritura. Tendo sofrido prejuízo por incúria (direta ou indireta) do notário responsável pela Serventia, ou por mera demonstração do dano e do nexo causal com atividade notarial exercida, poderá ele: (a) propor a ação diretamente contra o Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, fundamentado na responsabilidade objetiva do Poder Público; (b) propor ação diretamente contra o notário e/ou seu oficial de registro, com base no artigo 22 da lei 8.935/94, também fundamentado na responsabilidade objetiva de tais integrantes do Poder Público; ou (c) propor a ação diretamente contra o preposto causador do prejuízo, se individualizado, nesse caso, porém, tendo que provar a culpa ou dolo com que este tenha agido, pois a hipótese é de responsabilidade subjetiva, nos expressos termos da parte final do citado artigo 22 da lei 8.935/94, ao disciplinar a possibilidade do direito de regresso por parte dos notários e oficiais de Registro.

Por outro lado, já defendemos, em acórdão de nossa relatoria, que: “Na hipótese do artigo 70, III, do CPC, a denúncia da lide restringe-se às ações de garantia, não sendo admissível quando queira introduzir-se fundamento novo, estranho à lide principal. Se a ação indenizatória foi proposta objetivando a responsabilização objetiva da ré, não pode ela denunciar da lide terceiros que alegadamente tenham agido com culpa, pois o fato demanda a prova da responsabilidade subjetiva dos litisdenunciados, fundamento estranho à lide principal. Exclusão determinada”. (Agravo de Instrumento nº 524.177-0/4; v.u.; 10ª Câmara do E. 2º TACSP).

Em conseqüência, a denúncia da lide caberá, do Estado contra o Notário ou seu oficial de Registro, pois a fundamentação da responsabilidade é a mesma, objetiva em ambos os casos. Não será possível, no entanto, do Estado em face dos prepostos dos titulares notariais, cabendo ao Estado, e também aos notários, se o caso, exercerem o direito de regresso por vias autônomas, já que, nelas, necessária será a prova de dolo ou culpa com que tenham agido os alegados causadores dos eventos lesivos.

Das hipóteses mais freqüentes que ensejam a responsabilidade dos notários, bem como de sua responsabilização penal e administrativa, pedimos vênias para tratarmos em futuro artigo, em nos sendo dada honra.

OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E SUJEIÇÃO ATIVA

Alexandre Barros Castro*

"Não é a liberdade que se protege no Direito, mas ao contrário, é o Direito que está protegido na liberdade". (Carlos Cossio)

1 - CAPACIDADE TRIBUTÁRIA E A APTIDÃO PARA INSTITUIR TRIBUTOS

Trataremos agora do sujeito ativo da obrigação tributária. Sedimentados nos nossos posicionamentos acerca da natureza jurídica daquele vínculo, do seu efetivo e real gênese para a ciência jurídica, resta-nos avançar na direção de apontar quem sofrerá a imposição exacional e em que condições poderá ser guindado a figurar no pólo passivo daquele liame. Antes, no entanto, por amor à lógica e ao bom senso, cumpre-nos perquirir sobre o outro pólo daquela relação, o ativo.

Neste particular, qual maldição a sobrepassar por toda a seara tributária, novamente vicejam impropriedades, algumas já vistas e depuradas, outras, ainda por fazê-lo, na seqüência.

Reiteramos nossa busca incessante por um preciso linguajar, hermético a imperfeições, impurezas e atecnias, pois só assim estaremos, em verdade, contribuindo para a formação de um real pensamento científico. Justificamos tal ousada pretensão, nos ditames de Emmanuel Kant:

"... sobre a liberdade de crítica repousa a existência da razão que não possui autoridade ditatorial e absolutista, mas cuja decisão, por isso mesmo, autoriza a cada cidadão formular suas dúvidas ... e propor novos caminhos"¹.

Quanto à sujeição ativa, novamente observamos muitos dos equívocos lançados pelo legislador do CTN e aprofundados por certa doutrina, que insiste em vislumbrar duas modalidades de sujeição ativa: o sujeito ativo da obrigação principal e o sujeito ativo da obrigação acessória².

*Graduado em Direito e Administração de Empresas, Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP, Diretor Secretário Geral da OAB (33ª subs.), Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT), Presidente do Conselho Comunitário de Segurança de Jundiaí (CONSEG), fundador e diretor da Academia Jundiaíense de Letras Jurídicas (AJLJ), Advogado Militante.

¹ *Crítica de la Razón Pura*. Buenos Aires: Ateneo, 1950, p. 511.

² Dentre estes, Luciano Amaro assim entende. Op. cit. p. 282.

Conquanto se possa, à primeira leitura, supor que essa doutrina logrou aclarar a problemática obrigacional no que pertine à competência exacional, ombreada ao instituto da obrigação acessória (para nós, dever instrumental ou formal), tal suposição resultará ilusória, como vimos quando versamos sobre o liame obrigacional tributário. Não havendo em suma, tese científica que abone esse *duplice genus* que se quer imputar à titularidade impositiva.

O CTN dispensa à sujeição ativa seu capítulo III, contendo apenas dois artigos³:

"Art. 119 - Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento".(Verbi gratia).

De pronto, cabe distinguir competência tributária e capacidade tributária.

Eduardo Marcial Ferreira Jardim oferece-nos proveitosa contribuição à respeito:

"Capacidade tributária ativa é a prerrogativa de ocupar o pólo ativo da relação jurídica tributária. Consiste, enfim, na condição de ser credor do tributo. Salvo a hipótese das contribuições de seguridade, em que o contribuinte já elegeu como sujeito ativo o Instituto Nacional do Seguro Social, nos demais casos o titular da capacidade ativa haverá de ser o titular da competência ou uma terceira pessoa por ele designada(...)competência tributária é a aptidão das pessoas constitucionais - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - no sentido de legislar sobre matéria tributária. Por intermédio do exercício da competência tributária é que são instituídos os tributos, originalmente previstos na Constituição, a qual não realiza o processo de criação, pois se cinge a estabelecer o título competencial. Por via de regra, o titular da competência é também o titular da capacidade ativa, ou seja, a aptidão para ser credor da prestação tributária. Cabe observar que a competência é indelegável, enquanto a capacidade de afigurar-se susceptível de transferência, caso assim o queira a pessoa competente. Excepciona a regra a contribuição de seguridade, na medida em que o constituinte cindiu o binômio competência/capacidade, enquanto atribuiu a competência à União, outorgando a capacidade, outrossim ao órgão do referido gravame."⁴

³ Também está inserido no capítulo III da Lei 5.172/66, o artigo 120 com a seguinte redação: "Salvo disposição de lei em contrário, a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outra, sub-roga-se nos direitos desta, cuja legislação tributária aplicará até que entre em vigor a sua própria." (Verbi gratia).

Destaque-se, ainda, que o artigo 209 do aludido diploma legal também diz respeito, de forma indireta, à polaridade ativa da obrigação tributária, estatuinto que a expressão "Fazenda Pública", empregada sem qualquer outra complementação, abarca a Fazenda Pública pertinente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios ("Art. 209 – A expressão "Fazenda Pública", quando empregada nesta Lei sem qualificação, abrange a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios").

⁴ Op. cit. pp. 15 e 20.

Evidente, portanto o traço distintivo entre competência tributária e a capacidade tributária. A primeira configura-se como a aptidão para instituir o tributo, e a segunda, a capacidade tributária, a aptidão para ser titular do pólo ativo da obrigação impositiva, ou em outras palavras, para ocupar o posto de credor na relação jurídica tributária.

A distinção justifica-se plenamente, tendo por esta razão ocupado o pensar de vários juristas de renome.

Paulo de Barros Carvalho assim se pronunciou:

"Competência legislativa é a aptidão e que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo. Opera-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo (...). A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na faculdade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.

Não se confunde com a capacidade tributária ativa. Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo.

O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesma do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa, que tem como contranota a capacidade tributária passiva, é tema a ser considerado no ensejo do desempenho das competências, quando o legislador elege as pessoas competentes do vínculo abstrato, que se instala no instante em que acontece, no mundo físico, o fato previsto na hipótese normativa."⁵

Tal acurada análise justifica-se na medida em que freqüentemente o agente impositivo e o credor enfeixam-se numa única pessoa. Além do mais, o próprio Texto Constitucional traça clara margem diferenciadora de um e doutro instituto, vedando a transferência da competência tributária e ao mesmo tempo permitindo-a no que tange à capacidade tributária ativa.

Registre-se, aliás, que competência tributária está inserta no sistema constitucional tributário nos artigos 145 e 162, sendo de notar que o artigo 6º do CTN combinado com o artigo 146 de nossa Lei Fundamental, corrobora a assertiva lançada quando à indelegabilidade da competência tributária, vez que a diretriz implícita do texto constitucional por certo irradia seus efeitos sobre todo o campo

⁵ Curso....., cit., pp. 116-7.

da atividade legiferante, abarcando o ditame do art. 6º da Lei 5.172/66, que assim, com aquele harmoniza-se permanecendo atual⁶.

Nesse sentido, partilhamos com Roque Antonio Carrazza idêntica posição, no sentido de que a competência tributária de que são titulares no Brasil as pessoa políticas está discriminada na Constituição Federal, havendo, portanto inteira razão quando se diz que a Carta Suprema não cria tributos. Reiterar tal ponderação se faz necessário: a Constituição Federal não cria tributos, delimita, isto sim, a competência tributária. Eis outro inequívoco aspecto a individualizar a aptidão para instituir tributos e a chamada capacidade tributária.

O acatado Prof. Roque Carrazza expôs categórica visão. Para melhor captarmos o entendimento daquele mestre, transcrevamos suas palavras:

*"Quando afirmamos que a Constituição não criou tributos, estamos emprestando à frase um significado bem preciso. Reconhecemos que ela cuidou pormenorizadamente da tributação, traçando, inclusive, a norma padrão de incidência de cada uma das exações que poderão ser criadas pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal. Para nós, porém, o tributo só nasce a partir do átimo em que uma pessoa pode ser compelida a pagá-lo, por haver acontecido, no mundo fenomênico, o fato hipotetizado na norma jurídica tributária. Ora, isto só se verifica subsecutivamente à edição, pela pessoa política competente, da lei veiculadora desta mesma norma. Antes, não. Com base apenas na Constituição, ninguém poderá ser compelido a desembolsar, a título de tributo, somas de dinheiro, em favor do Fisco ou de quem o represente. Logo, neste sentido, a Constituição não criou tributos, assim, como, mal comparando, não criou penas, só porque autorizou o legislador nacional a cuidar do assunto (art. 22, 1)".*⁷

Estamos de pleno acordo com os ensinamentos expressos neste credenciado magistério.

⁶ " Art. 146 da CF – Cabe à lei complementar: I- dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II- regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, praticado pela sociedades cooperativas (Verbi gratia), e, "art. 6º do CTN – Ressalvado o disposto no artigo anterior, a correção monetária das demonstrações financeiras somente terá efeitos fiscais quando efetuada ao final de período-base de incidência do imposto de renda. A incorporação, fusão ou cisão é também considerada com encerramento de período-base de incidência. Parágrafo único. Para efeito de determinar o lucro real, o lucro apurado em balanço que não corresponda a encerramento de período-base de incidência não poderá ser corrigido monetariamente dentro do próprio período-base em que foi produzido". (Grifamos).

⁷ Curso..., cit., p. 225.

Em derradeiro apanhado, podemos expressar que a competência tributária é mandamento constitucional indelegável e de plena eficácia, pelo qual se atribui aptidão para criar, regular e instituir tributos às pessoas políticas, ou seja, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal. Capacidade tributária ativa é claro consectário daquela competência, vale dizer, resulta em decorrência lógica daquela aptidão, constituindo-se na prerrogativa de exigir o adimplemento da obrigação tributária, cobrando e arrecadando a pecúnia correspondente.

Apenas para que não passe em brancas nuvens, mas cientes de que este não é o tema central do presente estudo, registramos as acuradas e consistentes críticas formuladas por Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza ao disposto no artigo 119 do CTN. Ambos, cujas lições têm sido aqui sempre invocadas com grande utilidade, censuram o dispositivo alhures mencionado, chegando a concluir pela imprestabilidade daquele mandamento, ante a série de impropriedades que contém e o inequívoco conflito que gera junto ao sistema constitucional vigente.⁸

Tendo chegado ao final das críticas que nos propusemos expedir, reiteramos que ainda que perfunctórias, prestam-se as mesmas, apenas e tão-somente a sedimentar e estruturar por completo o liame obrigacional tributário, possibilitando-nos angariar consistente fundamentação teórica à luz da lógica jurídica, para uma abordagem segura acerca da sujeição passiva, escopo maior deste ensaio.

2 - SUCESSÃO DO SUJEITO ATIVO

Prevê o artigo 120 do CTN: "*Salvo disposição de lei em contrário, a pessoa jurídica de direito público, que se constituir pelo desmembramento territorial de outras, sub-roga-se nos direitos desta, cuja legislação aplicará até que entre vigor a sua própria.*"

A norma em questão disciplina as hipóteses em que se evidencia desmembramento territorial, resultando daí nova pessoa política que se sub-roga nos direitos daqueloutra que a originou, aplicando inclusive a legislação tributária da anterior, até que venha a editar suas próprias leis. Nesse sentido, resulta clara a transmutação no pólo ativo exacional, passando tal posto a ser ocupado pela nova pessoa constituída.

O comando do artigo 120 da Lei 5172/66 cuida de dois fenômenos jurídicos distintos: recepção e sucessão. Registre-se, de pronto, que a nosso ver, tal

⁸ Barros Carvalho, Paulo de. *Curso...* cit. pp. 202-3 e Carrazza, Roque Antonio. *O sujeito ativo da obrigação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, pp. 47-8.

dicotomia artificializa o pensamento, fragmentando de forma temerária o raciocínio científico a ser empreendido.

O termo "sucessão" é polissêmico, devendo aqui ser entendido como o ato de suceder, substituir uma pessoa por outra.

Já "recepção", por seu turno, deve aqui ser tomada no sentido do fenômeno pelo qual as leis validam-se automaticamente, permanecendo em vigor, ao não colidirem com diplomas normativos de superior hierarquia, ante a harmonização que com estes guardam.

Pois bem, feita esta pequena remição de conceitos já sobejamente dominados, retornemos ao disposto no artigo 120 em comento.

Em sua primeira parte, o dispositivo trata da sucessão nos direitos do ente político cujo território tenha sido desmembrado, com o surgimento de nova entidade política. Tal fenômeno implica numa evidente sucessão ativa na obrigação tributária. Nesse sentido, o que prescreve o artigo 120, em sua parte inicial, é a sucessão do titular da potestade atinente à constituição creditícia, de natureza tributária, com a conseqüente transmissão de todas as prerrogativas inerentes à titularidade daquele pólo obrigacional.

Crítica feita ao legislador, fruto da dicotomia que empregou e da concisão que almejou, é a que pertine a outras hipóteses de reorganização político-territorial, explica-se. O artigo previu somente os casos referentes à cisão de pessoas políticas, olvidando-se, por exemplo, das hipóteses fusionais. Tal antinomia, a nosso ver, deve ser solucionada, por analogia, aplicando-se a tais casos igualmente o ali disposto, vale dizer, o novo ente fruto da fusão sucederá aos que lhe originaram.

No mesmo sentido, observa o ovacionado Aliomar Baleeiro:

"O CTN não o diz, mas por analogia (artigo 108, I), o critério do artigo 120 poderia ser invocado para o caso de desmembramento ou fusão de Municípios. E, por último, temos a fusão dos Estados da Guanabara e Rio de Janeiro a partir de 15.03.1975.

*Aplica-se, também analogicamente, o art. 120 à hipótese de elevação de Território a Estado. No caso do Acre não havia legislação da União sobre tributos da competência estadual."*⁹

⁹ *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 719.

Outra lacuna de texto legal diz respeito às obrigações. Por certo, o CTN limitou-se a versar apenas sobre a sucessão dos direitos, esquecendo-se da possibilidade de existência, também, de obrigações. Entendemos, quanto ao tema, que por conveniência e amor à lógica, a analogia deverá igualmente aqui prevalecer, de modo que a sucessão dar-se-á inclusive quanto àquelas obrigações.¹⁰

O festejado prof. Marco Aurélio Greco partindo da premissa de que a sucessão nos direitos do ente político desmembrado implica em violação aos direitos adquiridos dessa entidade, concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 120 do Diploma Tributário. Vejamos o abalizado parecer daquele jurista, de inegável autoridade:

"Posta a questão nesses termos, surge a dúvida quanto à constitucionalidade da previsão, pois tratar-se-ia de hipótese em que a entidade originária seria despojada de seus créditos (ou potestades) em favor da entidade nascente, sem que tivesse havido renúncia ou cessão de sua parte. Ocorreria a transferência compulsória por mera disposição do CTN ou da lei estadual, quando é sabido que União, Estados e Municípios não estão relacionados por um vínculo de hierarquia, mas encontram-se em situação de autonomia recíproca (CF/ 88, art. 18, caput).

Em suma, até que ponto seria admissível que o patrimônio do Município desmembrado fosse afetado por norma do CTN ou da lei estadual que criou o novo Município, uma vez que a figura da sucessão nos créditos já constituídos configura despojamento do patrimônio jurídico da entidade originária, e não verdadeira sub-rogação. Exercida a competência constitucional para instituir tributos e ocorrendo os respectivos fatos geradores, nasceu a favor do Município a aptidão de constituir o crédito tributário. Exercida tal aptidão, ele se tornou credor do tributo e legítimo portador de uma expectativa de o crédito ser corretamente saldado. Assim, admitir como válida essa regra seria consagrar uma violação aos direitos adquiridos do Município de constituir o crédito e compelir o devedor a saldá-lo."¹¹

Cerrando nossas ponderações, acreditamos ter logrado êxito no objetivo de apresentar a racionalidade do sistema por vezes, em franco embate com o Direito posto, mormente o que se traduz no CTN. Nessa tarefa, nos aviltamos com supostas praticidades do texto normativo, como que a justificar as imprecisões cometidas. Nesse particular, uma vez mais, como sói acontecer a todos quantos se proponham a formular articulações e conclusões científicas, estamos com Paulo de Barros Carvalho quando explicita:

¹⁰ A matéria não passou despercebida a apurada visão de Rubens Gomes de Sousa, que da mesma forma **estabelece** Reforma Tributária e as isenções condicionadas. RDA v. 92, 1968, p. 381.

¹¹ VVAA. Comentários ao Código Tributário Nacional (coordenação de Ives Gandra da Silva Martins). In Notas aos artigos 119 e 120. São Paulo: Saraiva, 1998. pp. 190-1.

*"As setas dirigidas ao político são objurgatórias de uma visão que pretende ser sistemática da ordem jurídica brasileira, não desmerecendo o trabalho legislativo enquanto atos de vontade expressos nas leis do direito positivo, sobretudo porque, já o dissemos em várias passagens, a linguagem do legislador é um campo repleto de imprecisões, redundâncias e erros técnicos. Dele não se exige os conhecimentos científicos que façam do direito posto um sistema lógico, isento de antinomias e lacunas de múltiplas feições. Contudo, se isso favorece as escusas do político, vem em desfavor do cientista que recebe, a criticamente o produto legislado. Aquele que pretender fazer ciência, seja qual for seu objeto, terá de enfrentar grande desafio: armar uma sistema lógico apto para descrever o fenômeno que observa. E sistema lógico é o que tem consistência interior, eliminadas as proposições que violem as leis básicas da Lógica Clássica: identidade, contradição e terceiro excluso."*¹²

Na seqüência esmiuçaremos o pólo passivo da obrigação tributária, caminhando a passos largos na direção de sujeição que particularmente se opera sobre o imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

¹² Curso..., cit., p. 122.

UM ENFOQUE ATUAL DO SALÁRIO-UTILIDADE¹

Rosana do Nascimento Pelaez

I - PARTE GERAL

1. INTRODUÇÃO

Quando nos propusemos a fazer esta monografia, no final do ano de 2000, tínhamos em mente abordar o tema do salário-utilidade sob o prisma das possíveis mudanças pelas quais poderia passar o instituto nesses tempos de flexibilização do Direito do Trabalho. Perguntávamo-nos quais seriam as tendências atuais da forma de pagamento dos salários conhecida como salário-utilidade? Tínhamos em mente abordar questões como, por exemplo, a descaracterização do caráter salarial da concessão de algumas utilidades como forma de incentivar essa prática.

Talvez por sorte ou por azar, em 19.06.2001, a edição da Lei nº 10.243 veio dar novo tratamento ao tema do salário in natura, obrigando-nos a adequar a abordagem deste trabalho, para que através dele possamos entender ou explicar porque tais mudanças ocorreram.

A partir dos conceitos gerais das utilidades salariais, passando pela temática atual de flexibilização e abordando o papel da negociação coletiva nesse contexto tentaremos responder a uma indagação central: agiu bem o legislador com a reforma efetuada no instituto das utilidades salariais?

~~O magistério dos mestres~~ **A. F. CESARINO JR. e Marly A. CARDONE** recorda que, muito embora a forma própria do sistema industrial de produção seja retribuir o trabalho prestado com dinheiro, não há dúvidas de que, cada vez mais, por motivos que escapam à própria área trabalhista, as empresas outorgam vantagens a seus empregados, concedendo-lhes serviços ou bens que preenchem diretamente suas necessidades. São formas indiretas de remunerar o trabalho, os fringes benefits dos americanos.

Diversos autores defendem o pagamento do salário em coisas úteis que, em princípio, beneficiam o empregado, em razão do valor real da utilidade, enquanto o recebido em moeda possui capacidade aquisitiva nominal e variável. Nada obsta, assim, que o trabalhador seja parcialmente remunerado com aquilo que necessariamente teria de adquirir com o salário em dinheiro, desde que tomadas certas precauções quanto ao valor e à qualidade das utilidades.

¹ Artigo baseado em monografia de mesmo título, apresentada à Faculdade de Direito Padre Anchieta, no curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho, outubro de 2001

² in "Direito Social", 1993, pág. 210

Na atual fase, a grande questão jurídica que se apresenta é a definição dos critérios que permitem distinguir entre as utilidades salariais e não salariais, e a melhor política a ser observada pelo Direito do Trabalho para conciliar a necessidade de coibir abusos e, ao mesmo tempo, permitir a melhoria da condição social do trabalhador, para cujo fim é conveniente uma posição não restritiva da atribuição de vantagens extra-salariais. Nessa esteira, agiu nosso legislador.

Vamos, pois, estudar o instituto do salário-utilidade e sua posição frente à tendência flexibilizadora do Direito Laboral, e com isso procurar entender as alterações ocorridas.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Etimologicamente, o termo salário provém de sal, utilidade que, nos tempos antigos, servia para remunerar os trabalhadores livres. Assim, observa-se que o pagamento pela prestação laboral, antes mesmo do surgimento da moeda, já se fazia através de utilidades. Após o aparecimento da moeda, tornou-se esta o meio principal de pagamento, mas ainda assim a contraprestação do trabalho livre através do fornecimento de utilidades subsiste até os dias de hoje.

Nos tempos primitivos, onde reinava o sistema de trocas, usualmente pensava-se o trabalho com gêneros ou utilidades. No Egito antigo, Ramsés II remunerou os trabalhadores que faziam a sua estátua com pão, carnes, pastéis, sandálias, trajas, azeites e outros bens. No Império Romano, o termo *salarium* designava o antigo costume de pagar os legionários e os trabalhadores domésticos. Este costume arraigou-se de tal forma, que, mesmo com a utilização da moeda, fundamentalmente o sistema de pagamento em bens pouco ou quase nada se modificou com o passar dos tempos, persistindo até o presente. Talvez a única e significativa alteração observada tenha sido o caráter subsidiário, complementar ou acessório que esta forma de remuneração adquiriu em praticamente todos os sistemas legislativos. Atualmente, não se admite o salário "in natura" como única forma de pagamento ao trabalhador, mas sua coexistência com a retribuição em dinheiro é plenamente admissível.

Originalmente, esta espécie de pagamento surgiu em relações menos complexas do que aquelas observadas no mundo moderno. Hoje em dia, verificamos que o pagamento em utilidades adapta-se às necessidades do meio ambiente em que o trabalhador se encontra inserido. Pode se dar tanto no meio rural, na forma de habitação, sementes, insumos, etc., ou no meio urbano, na forma de planos de saúde, cartões de crédito, e outros.

O pagamento em utilidades tornou-se vantajoso nos países com elevados índices de inflação, na medida em que os bens fornecidos não sofrem, como o dinheiro, a deterioração inflacionária. Beneficiou trabalhadores que teriam dificulda-

des em custear, com o dinheiro do salário, bens fornecidos gratuitamente pelas empresas. Todavia, as iniciativas empresariais de concessão de vantagens em utilidades retraíram-se onde os encargos sociais passaram a incidir sobre os valores correspondentes aos bens fornecidos.

Mudanças no cenário político e econômico mundial, no final do século XX, dentre as quais citamos a crise econômica dos anos 70, o desenvolvimento tecnológico, a atuação das empresas multinacionais e o desaparecimento da Guerra Fria, abalaram sensivelmente a rigidez do Direito do Trabalho até então presente. O declínio da atividade econômica elevou vertiginosamente a taxa de desemprego. Para evitar novas dispensas, os parceiros sociais começaram a realizar diversos tipos de entendimentos, surgindo aí o fenômeno denominado flexibilização. Este é o panorama atual, dentro do qual o jurista deve atuar.

II - O SALÁRIO-UTILIDADE

3. CONCEITO

O art. 458, caput, da CLT prevê, in verbis: "Além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas".

O mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO³ nos auxilia a conceituar esta forma de remuneração, esclarecendo que "utilidades são bens econômicos atribuídos ao trabalhador por aqueles que se valem dos seus serviços, e que tenham conteúdo financeiro mensurável. A jurisprudência trabalhista tem ampliado o conceito, considerando também como salário in natura toda e qualquer vantagem concedida ao empregado habitualmente e que tenha por objetivo atender uma necessidade individual do trabalhador. Assim sendo, todas as vezes que a empresa fornecer ao empregado utilidade ou parcela, não necessitando este arcar com referida despesa (o que deveria fazer caso não a recebesse do empregador), esta utilidade fornecida será considerada salário. Cláudia Salles Vilela VIANNA⁴, cita como exemplo os aluguéis residenciais pagos pelo empregador.

Apresenta-se quanto à conceituação, o problema de conhecer os limites que separam o que é efetivamente remuneratório daquilo que é concessão unilateral, isto é, uma mera liberalidade do empregador. A Convenção 95 da O.I.T. apontou cinco pontos básicos para o tema.

1. O pagamento em utilidades, nos locais ou atividades em que seja usual

³ in "Teoria Jurídica do Salário", 1997, pág. 205)

⁴ in "Manual Prático das Relações Trabalhistas", 1998, pág. 234

essa prática, encontrará respaldo através de contratos coletivos ou laudos arbitrais.

2. Medidas devem ser adotadas para que as prestações em espécie sejam apropriadas ao trabalhador e/ou à sua família, representando um verdadeiro benefício para os mesmos.

3. O valor atribuído às prestações deve ser justo e razoável.

4. Fica proibido o pagamento integral do salário em utilidades.

5. Ficam igualmente proibidos os empregadores de limitar a livre disposição de seu salário pelo trabalhador, condenando-se, assim, o chamado "truck system".

Vale lembrar a análise elaborada pelos mestres Evaristo de MORAES FILHO e seu filho Antonio Carlos Flores de MORAES, na obra "Introdução ao Direito do Trabalho"⁵, enfatizando que o salário não pode ser pago totalmente in natura, para que não se caracterize o denominado truck system. Os dispositivos legais consubstanciados nos parágrafos do art. 458 da CLT resguardam a liberdade do empregado de dispor de seu salário como melhor lhe aprouver, vedando-se a indução do mesmo à utilização de armazéns ou serviços mantidos ou prestados pelo empregador.

4. CARACTERIZAÇÃO DO SALÁRIO UTILIDADE

A partir da conceituação do salário-utilidade, automaticamente surge à tona a discussão acerca da caracterização de toda e qualquer utilidade fornecida como salarial. Pelo que se viu acima, apenas bens ou serviços que realmente atendessem uma real necessidade do trabalhador, a qual se não fosse fornecida seria obrigatoriamente suportada pelo empregado, poderia ser caracterizada como salário utilidade. Autores há, porém, como Ísis de ALMEIDA, que defendem o caráter salarial de qualquer utilidade. Diz-nos o ilustre professor:

"Uma refeição; um simples lanche; um quilo de carne ou um litro de leite por dia; roupas, calçados etc. para uso dentro e fora do serviço; condução; férias num sítio da empresa ou de terceiros, em hotel ou clube; veículo que fique "emprestado" ao empregado para uso em serviço ou não; fornecimento de combustível para veículo do empregado são exemplos de utilidades capazes de se integram na remuneração, mesmo - repita-se - quando fornecidas gratuitamente, e expressamente consignadas como liberalidade, de forma precária ou provisória".⁶

Assim, como se pode ver, a caracterização como salário pode variar, de autor para autor. Para alguns, é preciso ver em cada caso concreto se a utilidade foi atribuída pelo empregador ao empregado a título oneroso ou gratuito. No primeiro caso, é considerada salário; no segundo, não. Nesta linha estão Arnaldo Süssekind ("Instituições de Direito do Trabalho", 1981, vol. I, pág. 323) e Délio Maranhão ("Direito do Trabalho", 1978, pág. 193). Para outros, como Mozart Victor Russomano ("Comentários à CLT", pág. 461) só não se caracterizam como salário as utilidades

⁵ 1995, pág. 431

⁶ in "Manual de Direito Individual do Trabalho", 1998, pág. 196.

fornecidas pelo empregador ao empregado para uso no serviço. E há, ainda, os que, como Dorval Lacerda ("O contrato individual de trabalho", 1939, pág. 173), apontam como um dos traços indicativos da natureza salarial das utilidades a habitualidade do pagamento.

Claro está que se há de ter por princípio que toda essa discussão doutrinária é anterior à alteração da lei que se deu recentemente, como já indicado. Cabe ao leitor ter em mente que o parágrafo segundo do atual art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho atualmente ressalva expressamente utilidades cuja concessão não se caracterizam como salariais. Diz o referido dispositivo:

"Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I - vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II - educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III - transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V - seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI - previdência privada".

Atualmente, pois, por força de lei há utilidades que embora sejam fornecidas em razão do trabalho prestado, não adquirem natureza salarial. A razão de ser de tal dispositivo se pretende explicar mais à frente, ao se abordar o tema da flexibilização, que nos parece ser a mola propulsora do pensamento do legislador pátrio, não só neste caso como em vários outros.

O mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO⁷ aponta os requisitos necessários para conferir à utilidade fornecida pelo empregador o seu caráter salarial:

- a) Habitualidade da utilização;
- b) Fundamento contratual ou costumeiro;
- c) Onerosidade no fornecimento;
- d) Atendimento às necessidades individuais do trabalhador e não às neces-

⁷ in "Manual do Salário", 1985, pág. 221

sidades do serviço.

Tece, em seguida, considerações acerca da onerosidade, a qual significa que a utilidade é atribuída em troca do trabalho, correspondendo ao princípio da comutatividade. Em seu magistério, "onerosidade não pode significar pagamento da utilidade pelo empregado. Não quer dizer que é salário a utilidade pela qual o empregado pague ao empregador" (in ob. cit., pág. 222). Quando a utilidade é fornecida gratuitamente, sem que por ela o empregado tenha que efetuar pagamentos ao empregador, ela poderá ser salário. De outro lado, quando o empregado paga pela utilidade, este custeio a descaracteriza como tal. Os casos mais frequentes são os do pagamento pelos empregados das refeições feitas no restaurante da empresa, da passagem de ônibus da empresa que os transporta, etc. O pagamento de uma utilidade pelo trabalhador a afasta da esfera salarial, tornando-se um negócio jurídico paralelo ao contrato de trabalho, uma vez que nesses casos o empregado não está recebendo o bem como parte do salário, mas adquirindo-o mediante um pagamento que faz ao empregador. Desse modo, para que o empregador descaracterize a natureza salarial da utilidade basta que cobre por ela. Em resumo, o caráter de onerosidade advém do fato de ser o benefício fornecido como contra-partida ao trabalho executado pelo empregado, em razão da prestação laboral.

Igualmente, tampouco serão consideradas salariais as utilidades fornecidas para a prestação dos serviços, sem as quais estes não poderiam ser executados, bem como bebidas alcoólicas e drogas nocivas, estas por expressa disposição legal. Ainda, se o bem ou serviço fornecido for objeto de contrato de outra natureza, não se poderá falar em salário in natura.

A lei brasileira estabeleceu como exigência fundamental para que uma obrigação in natura adquira natureza salarial a habitualidade, com o que ficam excluídas as concessões meramente eventuais, não continuadas. Contudo, não há critérios legais definidores das condições objetivas que devam estar presentes em cada caso, para que se conclua se a vantagem é habitual ou eventual.

Na obra "Direito Social"⁸, os mestres CESARINO JR. e Marly CARDONE, lembram que o maior problema é conhecer os limites que separam o que é efetivamente remuneratório daquilo que é concessão unilateral, mera liberalidade do empregador. Segundo os renomados juristas, se o bem ou serviço fornecido pelo empregador se enquadrar no elenco do art. 7º, nº IV da CF/88, indubitavelmente será salarial, tendo em vista atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família.

As concessões a título gracioso não podem ser consideradas como salário, tendo em vista que o contrato de trabalho é sempre oneroso em sua natureza. Todavia, lembra-nos o mestre Amauri Mascaro NASCIMENTO⁹, que a habitualidade no fornecimento pode transformar uma concessão em obrigação tacitamente ajustada.

⁸ 1993, pág. 210

⁹ in "O Salário", 1996, pág. 87

5. OS DIVERSOS TIPOS DE SALÁRIO UTILIDADE

José Martins CATHARINO¹⁰ classifica as espécies de utilidades remunerativas, as quais poderão consistir de produtos da própria empresa, de coisas adquiridas ou de sua propriedade, facultado ao empregador transferir a propriedade das coisas móveis ou permitir, no caso de imóveis, sua utilização.

Amauri Mascaro NASCIMENTO¹¹ lembra-nos que a CLT não enumera todas as utilidades, sendo meramente exemplificativa. O mesmo autor, na obra "Manual do Salário", já mencionada, ao citar casos de empresas que ajustam com seus empregados, em especial os de alta posição, parte do pagamento do salário sob a forma de um cartão de crédito para compra em lojas comerciais, nos faz relembra o dinamismo inerente ao instituto em estudo. Novas espécies de utilidades salariais podem surgir a todo o momento. Além disso, nem toda utilidade é salário, conforme já se explanou. Apesar disso, permitiremo-nos algumas considerações a respeito das principais utilidades, na visão da doutrina brasileira.

A. ALIMENTAÇÃO

Constitui-se em uma das formas mais tradicionais de salário in natura, excluindo-se bebidas alcoólicas, consoante já mencionado. A Lei nº 8860/94, acrescentado o parágrafo 3º ao artigo 458 consolidado, estabeleceu que a alimentação fornecida como salário utilidade não poderá exceder a 20% (vinte por cento) do salário contratual.

Evaristo de MORAES FILHO, tratando do tema, lembra o surgimento, nos tempos modernos, de uma nova forma de salário-alimentação, constituída pelos vales emitidos por entidades especializadas, representando verdadeiras ordens de pagamento negociáveis em bares e restaurantes. Em seu magistério, referidos vales para alimentação, se concedidos por força do contrato de trabalho, têm caráter salarial, integrando a remuneração do empregado para todos os efeitos legais, nos termos do Enunciado 241 do TST. Entretanto, não se incluirão como modo de pagamento do salário as despesas do empregador em programas de alimentação de trabalhador (inclusive os vales antes mencionados), previamente aprovadas pelo Ministério do Trabalho, na forma da Lei n. 6321/76, regulamentada pelo Decreto n. 5/91, com alteração através do Decreto n. 349/91. Isto porque os diplomas legais que regem a matéria têm natureza nitidamente tributária, já que as despesas realizadas pelo empregador em tais programas são dedutíveis no Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

¹⁰ in ob. cit., pág. 171

¹¹ in "Curso de Direito do Trabalho", 1999, págs. 621 e ss.

¹² in ob. cit., pág. 432

B. TRANSPORTE

A caracterização da utilidade transporte se faz em mais de uma situação, porém casos há também em que o fornecimento de transporte pelo empregador não se constitui em salário in natura. O transporte diário da residência do empregado ao local do trabalho e vice-versa, se fornecido contratualmente pelo empregador, é utilidade. Todavia, como meio necessário de execução dos serviços não assume essas características. Este é o ensinamento do professor Amauri Mascaro NASCIMENTO¹³. E o mesmo mestre, na obra "Manual do Salário", tratando da utilização pelo empregado do seu próprio automóvel para a execução dos serviços do empregador, diz:

"Não se trata de salário-utilidade, uma vez que este decorre da atribuição de um bem econômico pelo empregador ao empregado como parte do salário. Nada impede que no contrato conste cláusula prevendo a obrigação do empregador de retribuir num valor ajustado pelas partes a cessão do veículo do empregado. A matéria não é salarial. Esse pagamento teria natureza indenizatória. Seria um reembolso de gastos de desgaste de veículo reentrando na esfera ampla das diárias e ajudas de custo".

Entretanto, outra é a situação quando o empregado recebe do empregador veículo de propriedade da empresa, para uso tanto em serviço como fora dele. A vantagem oriunda da utilização do veículo para fins particulares apresenta-se nitidamente como um "plus" ao salário pago em moeda, especialmente se o empregador arcar com os custos de manutenção do veículo. Representará, sem dúvida, um acréscimo aos ganhos do trabalhador e, neste caso, estaremos diante de uma utilidade salarial. O ilustre magistrado e professor Ísis de ALMEIDA, alinhando-se com esse entendimento, defende o trato como parcela integrativa do salário o caso do automóvel fornecido a empregado gratuitamente, se usado livremente nas horas e dias de folga, férias, etc. Evidentemente, a integração se fará pelo valor apropriado proporcionalmente aos períodos de uso em que o empregado não está trabalhando.

Vale lembrar, contudo, nesta matéria, a legislação relativa a vale-transporte, cujo fornecimento, por expressa disposição legal não se constituirá parcela salarial. É o que dispõe a letra "a" do art. 2º da Lei n. 7418/85, regulamentada pelo Decreto n. 95247/87.

C. HABITAÇÃO

Dentre as utilidades mais comumente oferecidas aos trabalhadores, certamente a que mais atenção tem merecido por parte dos doutrinadores é a habitação, por conter implicações e correlações com outros institutos ou figuras jurídi-

¹³ in "O Salário", 1996, pág. 92

cas. No âmbito rural, a Lei 5889/73 permite o desconto de 25% do salário do trabalhador rural pelo uso da moradia de propriedade rural.

Em sua obra "O Salário"¹⁴, Amauri M. NASCIMENTO trata das condições em que a habitação fornecida ao empregado é considerada salário in natura e, citando CESARINO JR. lembra que "... a habitação costumeiramente fornecida ao empregado pelo empregador, mesmo sem disposição expressa a respeito no contrato de trabalho, se incorpora ao salário como uma de suas parcelas". Cita, por outro lado, Aluysio SAMPAIO e Paulo Jorge de LIMA, nestes termos: "Tem-se entendido, no entanto, que quando a habitação do empregado no próprio local de trabalho constitui condição indispensável para prestação dos serviços, (...) não constitui salário".

José Martins CATHARINO¹⁵, também ressalta a utilização de imóvel por trabalhador a título gratuito ou oneroso, havendo, no primeiro caso, uma mera liberalidade, onde o empregador pode deixar ou não de fornecer a habitação. Já quando a habitação é fornecida a título oneroso, por força do contrato de trabalho, constitui-se em salário. O autor também prevê a possibilidade do empregado, ao gozar da coisa, pagar ao empregador preço inferior ao usual e adequado: "Ocorrendo esta hipótese é admissível que a diferença resultante da gratuidade parcial seja contraprestação do trabalho prestado. O certo é só haver vislumbres de contrato de locação quando a utilidade é descontada e o imóvel pertence ao empregador".

O professor Amauri M. NASCIMENTO destaca outras questões pertinentes à habitação como utilidade salarial em sua obra "O Salário", já citada. Admite a possibilidade de o empregador transferir o empregado de um prédio para outro de igual padrão, sem que fique com isso caracterizada alteração contratual defesa em lei. Ousamos, neste particular, discordar do ilustre mestre, em especial quando, como no caso das grandes cidades, a mudança de endereço pode representar grande inconveniente ao trabalhador e sua família (por exemplo, impossibilidade dos filhos continuar a freqüentar a mesma instituição de ensino).

Sobre os alojamentos, comuns na construção civil, a doutrina pátria é uníssona em não reconhecer caráter salarial, já que os mesmos, por falta de condições mínimas de habitabilidade, não são reconhecidos como a habitação a que se refere a lei, inclusive pela falta do "habite-se" da autoridade competente.

Finalmente, cumpre tratarmos da desocupação do imóvel utilizado pelo empregado quando da rescisão do contrato de trabalho. É certo que, rompido o contrato de trabalho, independentemente da causa da rescisão, deve o empregado e/ou seus familiares desocupar o imóvel cujo uso decorria como cláusula do contrato laboral. Havendo resistência à desocupação, caberá ação de reintegração de posse. A questão que, entretanto, divide a doutrina e a jurisprudência reside na competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum para apreciar a demanda.

¹⁴ 1996, pág. 103

¹⁵ *in ob. cit.*, págs. 175/176

Aqueles que defendem a primeira opção sustentam que, em se tratando o uso do imóvel de cláusula do contrato de trabalho, e o pedido decorrente da rescisão contratual, apenas a Justiça Especializada terá condições de bem apreciar o dissídio, o qual envolverá a análise, dentre outras coisas, da existência ou não de vínculo laboral entre as partes. Perfilando esta corrente estão, por exemplo, CESARINO JR. e Marly CARDONE. Por outro lado, autores como José Martins CATHARINO e Evaristo de MORAES sustentam a competência da Justiça Comum para apreciar as ações de reintegração de posse quando, ocorrendo a rescisão contratual, o empregado se recusar a sair do imóvel. E isto porque, não existindo mais contrato de trabalho em vigor, a relação entre as partes não é mais de empregado e empregador, mas sim senhorio e inquilino ou proprietário e ocupante, nos termos da legislação civil.

III - A FLEXIBILIZAÇÃO

6. CONCEITO

Inúmeros autores têm-se debruçado sobre o tema da flexibilização do direito do trabalho. Em nosso estudo, a flexibilização é pano de fundo na análise das transformações conceituais sofridas pelo salário, em especial o salário in natura. Todavia, é pano de fundo, mas também personagem de fundamental importância para compreensão das transformações ocorridas atualmente. Por isso, permitimo-nos partir desde sua conceituação, para tentar chegar ao objetivo almejado: deve-se flexibilizar a concessão de utilidades aos empregados?

O sempre brilhante professor Otávio Bueno MAGANO define a flexibilização do Direito do Trabalho como um "processo de adaptação de normas trabalhistas à realidade cambiante"). Nos diz o autor:

"Flexível é algo que se dobra sem quebrar, o fácil de manejar, o elástico, o maleável. Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer, portanto, torna-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado; do válido pelo eficaz; do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a predominância da convenção coletiva sobre a lei; da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal".¹⁶

O professor Nelson MANNRICH¹⁷ aborda desde o ponto de vista psicológico e sociológico, onde a flexibilização consiste na capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas circunstâncias, até a análise jurídica. Neste ponto, citando Cássio Mesquita BARROS, diz que "flexibilidade do direito do trabalho consiste nas medidas ou procedimentos de natureza jurídica que têm a finalidade social e econômica de conferir às empresas a possibilidade de ajustar a

¹⁶ in "Flexibilização do Direito do Trabalho", 1999

¹⁷ in "A Modernização do Contrato de Trabalho", 1998, pág. 72 e ss.

sua produção, emprego e condições de trabalho às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico". E resume o conceito como a transferência da tutela estatal para o âmbito da negociação coletiva.

O jurista Osiris ROCHA, em palestra proferida no Centro de Atualização Jurídica de Conselheiro Lafayete, abordou o conceito de flexibilização como a possibilidade de trabalhador e empresa estabelecerem diretamente, ou através de suas entidades sindicais, a regulamentação de suas relações sem total subordinação ao Estado, procurando regulá-las na forma que melhor atenda aos interesses de cada um, trocando-se recíprocas concessões. O conceito abordaria duas questões: o sentido de permitir que trabalhadores e patrões se entendam à sua moda e o de permitir que, em nome da preservação do emprego, em época de crise, os direitos trabalhistas fossem diminuídos.

Estudando o conceito de flexibilização, Alice Monteiro de Barros (in ob. cit.) distingue dois tipos de flexibilização: a interna, atinente à ordenação do trabalho na empresa, e a externa, que diz respeito ao ingresso do trabalhador na empresa. A primeira compreende a modificação das condições de trabalho e da remuneração. A segunda corresponderia às modalidades de contratação. Segundo a autora, à flexibilização interna e externa, a doutrina espanhola intitula de "selvagem" ou de "desregulamentação normativa"; opõe-se a ela uma "regulamentação laboral de novo tipo", a qual pressupõe "substituição das garantias legais pelas garantias convencionais (...) com a primazia da negociação coletiva". O papel da negociação coletiva será abordado mais à frente, neste trabalho.

Ainda tratando a respeito do conceito de flexibilização, é comum nos depararmos com a expressão "desregulamentação" e quanto a esta, os autores se dividem. Parte da doutrina usa os dois termos como sinônimos. Já para outros, a desregulamentação representa mais do que flexibilizar. Enquanto esta propugna por um abrandamento do sistema legislativo, aquela significa a abolição de todas as regras. Assim, para essa parte dos doutrinadores, quando se fala em flexibilizar, defende-se uma adaptação das antigas regras até então vigentes a uma nova realidade social, mas nunca o fim das regras, o que importaria em verdadeiro golpe de morte no estado de direito e o próprio fim da ciência jurídica. Obviamente, este não é o objetivo de nenhum estudioso do Direito, e é por essa razão que nos aliamos aos doutrinadores que distinguem a flexibilização da desregulamentação.

7. FUNÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO

Uma vez conceituado o termo, o passo seguinte consiste em analisar a razão do surgimento da flexibilização, ou, em outras palavras, por que e para quê ela surgiu, qual é sua função.

Socorremo-nos, para tanto, do magistério de Vilma Dias Bernardes GIL, profunda estudiosa do tema. Em artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho nº 97 (janeiro-março de 2000), a autora aborda o assunto sob a seguinte perspectiva:

"A discussão em torno da chamada flexibilização, contudo, passa, na verdade, por uma questão precedente de fundamental importância: qual é a função do Direito do Trabalho? Que valores ele busca proteger?".

Segundo a autora, já há um consenso no sentido de que algo precisa ser modificado. A palavra de ordem é transformação, mudança de postura, de filosofia, de visão das relações entre capital e trabalho, buscando maior sintonia com a realidade atual, profundamente injusta não só com os trabalhadores, mas, especialmente, com os empresários que, em sua grande maioria, lutam com grandes dificuldades para manter-se num mercado impiedoso e altamente competitivo. Por essa razão, o governo assumiu o compromisso de modernizar as relações trabalhistas e tem buscado esse intento através de duas grandes vertentes: reforma da legislação laboral e estímulo à negociação coletiva.

Para tanto é preciso encarar o Direito do Trabalho sob um novo prisma. Não podemos reconhecer uma função exclusivamente tutelar do trabalhador, como se fez durante longo tempo. Tampouco devemos defender um papel para o Direito Laboral como mero instrumento realizador de valores e interesses puramente econômicos. A melhor posição procura escapar dos extremos e encontrar um ponto de equilíbrio, e confere ao Direito do Trabalho uma função de coordenação entre o capital e o trabalho, permitindo uma valorização dos interesses de ambos.

Vilma GIL, nesse mesmo artigo já citado, nos lembra que:

"...o desejo de proteger-se o trabalhador contra um empregador inescrupuloso por definição, garantindo-se àquele mais e mais direitos a despeito de uma situação mundial que exige das empresas uma luta incessante para manter-se no mercado, não mais se mostra adequado nos dias atuais. O mundo percebeu que é preciso também garantir às empresas condições mínimas de sobrevivência, até mesmo por conta dos empregos que elas podem oferecer".

Nesse mesmo entendimento, observou a Profª Marly A. CARDONE: "É preferível, muitas vezes, ficar com um emprego em condições menos vantajosas do que ficar sem nenhum emprego" ¹⁸

8. UM RETROCESSO NAS CONQUISTAS?

A flexibilização, porém, é vista com maus olhos por muitos juristas renomados. Para eles, é nosso dever lutar contra essa ameaça que representa verdadeiro retrocesso em relação a todas as conquistas até então obtidas pela classe operária. O Ministro José Ajuricaba da Costa e SILVA já manifestou entendimento no sentido de que flexibilização é "eufemismo com que se designa uma realidade pouco louvável que consiste na redução de direitos dos trabalhadores" ¹⁹.

¹⁸ (in "Introdução ao tema da flexibilização no Direito do Trabalho", LTr 54-7/851).

O Direito do Trabalho pátrio consagra, através do dispositivo inserto no art. 9º consolidado, o princípio da irrenunciabilidade, dispondo, in verbis, que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação". Assim, para a corrente positivista da doutrina nacional, a irrenunciabilidade, mesmo diante da crise econômica, ainda domina o Direito do Trabalho brasileiro. E socorrem-se os doutrinadores do princípio contido no art. 161 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual a renúncia a direitos futuros é inadmissível. Bem assim, no curso do contrato a renúncia é permitida apenas quando prevista em lei.

Especificamente na área trabalhista, existe a possibilidade de renúncia por meio de acordo e convenção coletiva, com previsão constitucional nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Carta Magna. Mas, consoante Alice Monteiro de BARROS, "Quanto aos demais direitos assegurados na Constituição, não vejo como renunciá-los, sequer via convenção coletiva. O garantismo constitucional prevaleceu sobre a flexibilização. (...) A Carta de 88 tornou a renúncia mais flexível, porém apenas no art. 7º, VI, XIII e XIV, os quais não comportam interpretação extensiva..."²⁰

Entretanto, a mesma autora lembra a possibilidade de cláusula econômica, inserida em norma coletiva, precisar ser revista, quando por motivos de ordem econômica e social de interesse geral ocorre modificação da política salarial. Neste caso, a norma coletiva, ainda que contenha condições mais favoráveis ao empregado, celebrada sob a égide do estado de fato anterior, sofrerá os efeitos da cláusula rebus sic stantibus, implícita no ajuste, podendo traduzir renúncia. Aqui se estará tratando de interesse de ordem pública.

Claro está que o tema da flexibilização, quer no tocante ao salário, tema deste nosso trabalho, como em relação a qualquer outro aspecto jurídico, dentro de um estado democrático de direito, que busca a garantia da pacificação social, deve cercar-se de cuidados. Não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido certamente acarretará um agravamento na condição dos hipossuficientes, sem contribuir para o fortalecimento das relações de trabalho.

9. PROCEDIMENTOS E OBJETIVOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

Mas então, afinal de contas, qual é o objetivo desse tão propalado fenômeno da flexibilização? Qual sua intenção? Para onde pretendem nos levar seus adeptos? Sem responder a tais indagações não temos condições de entender o tema e nem de nos posicionarmos diante do mesmo.

Arnaldo SÜSSEKIND sustenta que a flexibilização das relações de trabalho visa conciliar as fontes autônomas e heterônomas, tendo por alvo a saúde econô-

¹⁹ "O Direito do Trabalho face ao neoliberalismo econômico", na Rev. da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano V, n. 5, pág. 84

²⁰ (in "Flexibilização e garantias mínimas", Rev. Trabalho e Doutrina, nº 20, pág. 16/17).

mica da empresa e a continuidade do emprego. Em artigo publicado, citando Jean-Claude JAVILLER, esclarece que a flexibilização pode ser de três tipos: de proteção, quando combina normas estatais com procedimentos autônomos, num sentido favorável ao trabalhador; de adaptação, quando derroga normas heterônomas in pejus do trabalhador, em face de dificuldades econômicas, para preservar a empresa e os empregados; e de desregramento, para prestigiar a autonomia privada, coletiva ou individual, quebrando a rigidez do Direito do Trabalho para facilitar a contratação de empregados.

No nosso caso, em se tratando da questão salarial, poderíamos dizer que as alterações ocorridas no salário-utilidade constituem uma flexibilização salarial de proteção.

O mesmo Arnaldo SÜSSEKIND, em artigo publicado na obra "A Transição do Direito do Trabalho no Brasil - Estudos em Homenagem a Eduardo Gabriel Saad", citando Orlando Teixeira da Costa, nos diz que "...o Direito do Trabalho sempre foi, em certa medida, flexível e que a questão que agora se põe é saber em que grau pode ser aumentada essa flexibilidade, mediante um processo de adaptação que, garantindo lucro razoável à empregadora, continue também a assegurar o necessário para que o trabalhador possa alcançar um nível de vida condigno".

Nesse passo, é nossa opinião que as alterações verificadas no art. 458 da CLT atendem esse objetivo.

Segundo o magistrado paraense Vicente José Malheiros da FONSECA, as normas trabalhistas devem ser atualizadas aos novos tempos e somente com o crescimento econômico será possível melhorar a situação de dificuldades vividas pela classe trabalhadora. Mas adverte que não basta legislar, ainda que seja válido o propósito do legislador. Mais importante do que a lei são as condições para torná-la realmente eficaz. O objetivo da flexibilização do Direito do Trabalho é tentar compatibilizar a iniciativa privada com a valorização da dignidade do trabalho.

10. UM NOVO CONCEITO DE SALÁRIO

Surge com a Lei nº 10.243 um novo conceito de salário-utilidade, que visa a propiciar ao trabalhador maior acesso a benefícios oriundos da relação laboral. Parece que essa alteração legislativa já vinha sendo preparada há algum tempo, vale dizer, ela não surgiu repentinamente, e já era preconizada por diversos autores, como já se deixou transparecer na presente obra. O salário sempre teve por característica um extenso raio de abrangência. As alterações do conceito são necessárias: a multiplicação da variedade de formas complementares de retribuição do empregado dificulta a manutenção de um conceito genérico e unitário.

Com o desenvolvimento da sociedade empresarial, ampliou-se muito o âmbito do salário. As causas foram variadas. Os empregadores, por liberalidade, passaram a gratificar os empregados, com incentivo à produtividade. No dizer de Amauri M. NASCIMENTO, "atomizou-se o salário", o qual passou a ser uma figura

multiforme, e tantas foram as variações que se escapou de uma lógica intrínseca. Hoje, nos diz o professor, "não há muita segurança conceitual a ponto de a doutrina questionar a contraprestatividade como critério determinante da natureza salarial de um pagamento"²¹.

Nessa mesma obra, o famoso autor já mostrava sua visão sobre o tema, que se tornou agora mais atual do que nunca, com a nova redação dada ao art. 458 da CLT. Sobre a necessidade de elaboração de uma legislação moderna e adequada, destacava o autor três pontos, que passamos a transcrever:

"Primeiro, a política trabalhista para as utilidades que são, não apenas, atendimento de algumas necessidades do trabalhador, mas também custo operacional da empresa, com o que surge o problema da definição das estratégias que o país deve adotar visando o desenvolvimento sócio-econômico como um todo e o imperativo da melhoria da condição social do trabalhador.

Segundo, a conveniência de adoção de critérios mais esclarecedores a respeito das vantagens concedidas ao empregado, para que possa existir, o que hoje não acontece, uma adequada margem de segurança nas relações de trabalho, não permitida pela precariedade dos elementos definidores da natureza jurídica de uma utilidade.

Terceiro, é preciso refletir, também sobre até que ponto essa insegurança pode desestimular concessões que efetivamente representariam para o trabalhador uma melhoria que, através do salário em dinheiro não poderia obter, mas, de outro lado, em que dimensão a abertura dessas concessões sem características salariais pode abrir uma porta para a fraude tributária e previdenciária".²²

Na nossa opinião, a Lei 10.243 pode não ter resolvido todas essas questões. Aliás, duvidamos que fosse este o objetivo. Mas representa um avanço na direção da esperada modernidade. Quanto à alegada possibilidade de fraudes, estas sempre podem acontecer. Sabe-se que muitas pessoas têm a especial habilidade em buscar todo o tempo uma maneira de burlar a lei, em benefício próprio. Mas para isso está aí o Poder Judiciário e os órgãos de fiscalização, cuja razão de ser é combater as fraudes, que provavelmente nunca serão totalmente eliminadas. Não será esse temor que nos fará rejeitar de plano as mudanças que batem à nossa porta.

IV - CONCLUSÃO

A reforma global da legislação trabalhista, reivindicada por grande parcela do universo jurídico nacional, não virá, a nosso ver, em um único e grande instrumento. Nossa legislação laboral, historicamente, já é um aglomerado de leis esparsas, editadas conforme as necessidades do momento. E assim também está ela sendo

²¹ In "Teoria Jurídica do Salário", 1997, p. 118

²² in ob. cit., p. 215

alterada, aos poucos. Mas o fato é que as alterações estão ocorrendo já há algum tempo, e esse é um caminho sem volta.

Contudo, apenas a reforma legislativa, por si só, não operará as modificações almeçadas, no sentido de melhorar as relações de trabalho e, conseqüentemente, as condições de vida e dignidade das pessoas. É preciso que a mudança da lei seja acompanhada de um desenvolvimento econômico da sociedade e de uma evolução cultural e educacional da força de trabalho. As negociações entre o capital e o trabalho, bem como as ações dos operadores do direito, devem acompanhar a dinâmica social, política e econômica. Nosso modelo, intervencionista e protecionista, deve, gradativamente, ceder espaço à autonomia coletiva dos particulares.

Não é, sem dúvida, uma tarefa fácil, como aliás, não é fácil qualquer período de transição. Os programas atuais pretendem ampliar o poder de arbítrio de empregados e empregadores, provocando, via de conseqüência, a tão falada flexibilização. Tenha-se em mente, porém, que este não é um prognóstico para um futuro distante, mas sim a realidade dos dias atuais.

O conceito de salário, gênero do qual o salário-utilidade é espécie, vem sofrendo modificações influenciadas pelo processo econômico no qual se insere. Além do clássico exemplo da participação nos lucros e resultados que foi desvinculada dos salários, pode-se lembrar as cláusulas de instrumentos normativos coletivos sobre cestas básicas, que, embora sendo, para alguns, salário-utilidade, em diversas negociações são tratadas como obrigações não salariais. Nesse âmbito das utilidades, a jurisprudência já vinha dando sinais de modificação, introduzindo o novo conceito de indispensabilidade para o serviço como norteador da divisão entre as utilidades salariais e não salariais. Com o advento da nova redação dada ao art. 458 da CLT, a partir de 19.06.01, um novo marco se estabeleceu no desenvolvimento dos salários dentro da legislação nacional.

O sempre lembrado Amauri Mascaro NASCIMENTO aborda a noção de salário não apenas como uma questão de economia, mas também de ética, na medida em que promove os meios destinados à subsistência do trabalhador e sua família. Já dizia ele, antes da edição da Lei 10.243, que uma concepção ampla do salário desestimula a concessão de vantagens não salariais de que o trabalhador necessita e que deixam de ser fornecidas pelo empregador, na medida em que, sendo salário, provoca a incidência de encargos e tributos. E dizia mais:

"Há dúvidas quanto ao acerto da configuração salarial das utilidades em um País no qual o hipossuficiente não é atendido de modo adequado em suas necessidades básicas de habitação, alimentação e transporte. (...) ...a inclusão das utilidades no salário exerce efeito desestimulante para a sua concessão pela empresa, quando é do interesse social o seu fornecimento gratuito".²³

²³ in "Reflexos da Flexibilização no Conceito de Salário", Rev. da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano VII, n. 7, 1999

Sem dúvida, incumbe ao Poder Público garantir à sociedade condições dignas de moradia, transporte, alimentação, saúde, etc. Entretanto, se ele não consegue satisfazer tais necessidades básicas e vitais, melhor é estimular as empresas para que o façam, e para esse fim em nada ajuda uma concepção amplíssima de modalidades complementares de salário.

Para aceitar sem traumas as novas noções flexibilizadas de salário, bem como de outros conceitos do Direito do Trabalho, é preciso afastar deste último o estigma de protetor apenas dos interesses dos trabalhadores. O legislador laboral sempre estabeleceu direitos e obrigações para ambas as partes do contrato de trabalho, embora, na maioria das vezes, se tem a impressão de que o trabalhador tem mais direitos do que deveres.

Em suma, é de nossa opinião que, na impossibilidade de garantir ao trabalhador um salário em pecúnia de valor suficiente para atender suas necessidades, mais vale a concessão de um benefício não salarial, do que a caracterização como salarial de um benefício não concedido. Longe de pensarmos em meras liberalidades patronais, sujeitas a uma vontade unilateral, não podemos também "engessar" o instituto do salário in natura, sob pena de condená-lo ao desaparecimento. Sob o temor de ver taxado como salarial qualquer benefício concedido, os empregadores vinham restringindo cada vez mais as concessões. Qual seria, pois, o futuro desse instituto, não fossem as alterações ocorridas e, por que não, ainda por ocorrer?

Para aqueles que ainda relutam contra a flexibilização e as alterações que dela decorrem, lembramos as palavras do Barão de Itararé, para que "não é triste mudar de idéia. Triste é não ter idéia para mudar."

A GARANTIA DE EMPREGO NO DIREITO BRASILEIRO

Edivânia Bianchin*

1 - INTRODUÇÃO

O instituto da estabilidade nasceu com a própria história do trabalho pois, desde que se fala em trabalho, observa-se a existência da discussão da estabilidade, mesmo que com outras denominações.

Já houve tempos em que a estabilidade era tida como um malefício ao trabalhador, uma vez que tal acabava traduzindo-se em escravidão ou servidão.

Assim, para melhor entender este instituto, é necessário situá-lo dentro de um contexto social, dentro de cada momento em que as idéias, ora oscilavam pela sua manutenção, ora pelo seu repúdio.

Por se tratar o Contrato de Trabalho de um contrato de trato sucessivo, que se prolongava no tempo, em tempos remotos o que inicialmente parecia ser um benefício àquele que firmava contrato de trabalho - este não podia ser rompido pelas partes, pois não tinha prazo determinado e especialmente o prestador dos serviços ficava indefinidamente vinculado a eles - acabou se mostrando, naquele momento, num aspecto negativo.

Em decorrência desta constatação, o Código Civil napoleônico deu início a uma nova fase, posteriormente seguida por outros ordenamentos de origem latina : a obrigatoriedade de que a contratação de serviços fosse sempre feita com determinação de prazo ou para uma determinada obra.

Este tipo de contratação, porém, com o passar dos tempos, acabou mostrando sua face negativa: a instabilidade. Chegou-se à conclusão então, que o que antes se julgava maléfico, talvez fosse o ideal, já que, o trabalho, bem maior da vida do homem que dele depende para sobreviver e manter os que dele dependam, não podia ser deixado à vontade exclusiva daquele que contrata no tocante à rescisão, pois isto criava no trabalhador, uma insegurança que influía em toda sua vida social, familiar etc.

Ademais, a segurança nas relações sociais, nas de trabalho e em qualquer outra, é querida pela sociedade como um todo. É necessária. Nas palavras do brilhante autor Américo Plá Rodrigues : "... o desejo de segurança é um dos traços mais típicos do homem contemporâneo, tanto que, na história da humanidade, um dos legados do século XX será, sem dúvida, a idéia de segurança social".

Essa concepção é a que perdura hodiernamente. A estabilidade na relação

* Juíza do Trabalho substituta e aluna da primeira turma do curso de pós-graduação em direito e processo do trabalho da FADIPA.

de emprego é desejada não só pelo empregado, mas também pela empresa, que tem como retorno um trabalhador mais preparado, mais integrado, o que ocorre naturalmente com o passar do tempo, além do fato de que aquele que se sente seguro vive melhor em sociedade, rende mais profissionalmente e como consequência, contribui para o desenvolvimento daquela.

Diversas formas de estabilidade, em decorrência desta busca pela tranqüilidade social foram aplicadas no campo do Direito do Trabalho em diversos países. Por diversas vezes questionou-se do verdadeiro alcance daqueles objetivos expostos, já que se vislumbrou, nas estabilidades definitivas, um aspecto negativo - o do empregado que, sabendo-se portador de estabilidade, não mais se empenha, não busca se aprimorar, aperfeiçoar, pois já está "garantido" no emprego.

Essa discussão, porém, não cabe nesse breve estudo, já que trataremos apenas das estabilidades provisórias. Para melhor entendermos estas, porém, foi necessário iniciarmos por aquela, que já foi regra geral : a definitiva.

Assim, passaremos a um breve histórico da Estabilidade no Direito do Trabalho no Brasil, para então iniciarmos a discussão sobre as estabilidades provisórias que se aplicam ao nosso direito nos dias de hoje.

2 - A ESTABILIDADE NA HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO - BREVE HISTÓRICO

A estabilidade passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro por via oblíqua.

Se a idéia da estabilidade é garantir o posto de trabalho do empregado, a primeira lei instituidora desta, não foi criada com este objetivo. Tratada como matéria previdência, ela visava sim, a garantir a instituição e existência da caixa dos ferroviários. Ela nasceu da necessidade de manter os trabalhadores no emprego, para garantir a massa salarial da categoria que, conseqüentemente, garantiria a subsistência da "aposentadoria" daqueles.

Estamos falando da Lei n.4.682 , que recebeu o nome de Lei "Eloy Chaves", datada de 24.01.1923, vinte anos antes, portanto, da própria criação da CLT. Esta lei tratava especificamente do direito dos ferroviários que passaram, desde então, a gozar do instituto da estabilidade após dez anos de serviços efetivos.

Este direito foi estendido posteriormente a outras categorias, mas sempre tratado como direito previdenciário dos grupos segurados pelas respectivas leis.

O direito à estabilidade atingiu aos trabalhadores como um todo, excepcionados os rurais e os domésticos, com o advento da Lei n. 62 de 05.06.1935. Esta era aplicável a industriários e comerciários. Também foi a partir desta lei que o instituto da estabilidade deixou de ser parte integrante de um diploma previdenciário para ser tratado como lei trabalhista.

Mesmo tratado como lei trabalhista, porém, o artigo 10 da mencionada lei, deixava claro que as razões de sua instituição, continuavam a ser de natureza

previdenciária.

O status de garantia constitucional nasceu com a Constituição de 1937. Direito este mantido pela Constituição de 1946.

O advento da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943 só veio confirmar a manutenção deste instituto. A estabilidade foi tratada no artigo 492 e manteve aquelas mesmas características das leis editadas anteriormente : aquisição da estabilidade após 10 anos de serviços efetivos ao mesmo empregador e possibilidade de dispensa somente no caso do empregado praticar falta grave.

A instituição do regime de FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) criou uma alternativa com relação à estabilidade. Enquanto esta última trazia uma garantia jurídica, aquele representava apenas uma garantia econômica, pois o empregador era obrigado a depositar uma quantia mensal numa conta a favor do empregado, que no caso de despedida imotivada, poderia sacá-la.

A CF de 1967, só veio confirmar a existência deste sistema alternativo, quando em seu artigo 165, XIII, afirmou : "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido ou fundo de garantia equivalente".

Estes dois sistemas andaram lado a lado no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da CF de 1988, onde a estabilidade decenal, foi definitivamente abolida, resguardado apenas, o direito daqueles que ao tempo da promulgação desta, já haviam adquirido a estabilidade.

A mesma CF, que aboliu a estabilidade decenal, elevou alguns tipos de estabilidade provisórias a nível constitucional e criou outros tipos de garantia no emprego - as estabilidade provisórias ou estabilidade impróprias, como são chamadas por parte da doutrina e é destas que passaremos a tratar a seguir.

3 - ESTABILIDADE DEFINITIVA E ESTABILIDADE PROVISÓRIA

3 - 1 CONCEITOS E DIFERENÇAS

A palavra estável vem do latim : "stabile" - que quer dizer aquele que não pode ser demitido salvo por falta grave.

Estabilidade portanto, pode ser definida como o direito do empregado de permanecer no emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo se cometer falta grave.

Esta definição, uma das mais utilizadas pelos doutrinadores, não pode ser totalmente estendida à estabilidade provisória - é mais aplicável às estabilidade definitivas e à do dirigente sindical - já que nas demais, a dispensa pode ocorrer por outras razões que não a falta grave praticada pelo empregado e também, porque nas provisórias, o direito do empregado se limita a um determinado período, o que aquele definição não faz.

Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra Curso De Direito do Trabalho, subdivide a estabilidade no emprego em : estabilidade definitiva e estabilidade pro-

visória. Define a primeira como sendo aquela que produz efeitos para toda a relação de emprego - isto é, perdura indefinidamente durante o contrato de trabalho e a segunda, como aquela que perdura enquanto persistir uma causa especial que a motiva.

3.2 O NASCIMENTO DAS ESTABILIDADES PROVISÓRIAS NO BRASIL - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Paralelamente ao fim da estabilidade decenal ou, ao menos, quando esta já dava sinais de que não resistiria por muito tempo no direito brasileiro, começaram os trabalhadores a conquistar o direito a algumas estabilidades por, pelo menos, um período, em que se encontravam em situação específica que os tornava mais vulneráveis.

Estas estabilidades, hoje chamadas de provisórias, tiveram sua origem nas negociações coletivas (acordos coletivos ou convenções coletivas), passando "a posteriori" a ser concedidas pelos Tribunais nos dissídios coletivos de trabalho.

Desse para o próximo passo - a previsão legal - o caminho percorrido não foi muito longo. A primeira estabilidade provisória que ganhou o "status" de garantia legal, foi a do dirigente sindical. O Decreto-lei n. 229 de 28.02.67 inclui o artigo 543 da CLT e reconheceu expressamente o direito de estabilidade provisória do dirigente sindical.

Esse artigo, em vigor até hoje, veda a dispensa do empregado dirigente sindical, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical até um ano após o final de seu mandato, inclusive dos suplentes.

Com a edição da Lei 6.514 de 22.12.77, os titulares representantes de empregados nas CIPA's, passaram a gozar da estabilidade provisória, também com o "status" de garantia legal.

A CF de 88, veio confirmar estas duas estabilidades provisórias e elevou a nível constitucional também a da gestante, que até então, somente era concedida a determinadas categorias via acordo, convenção coletiva ou sentença normativa.

3.3 - A CONVENÇÃO 158 DA OIT.

A Convenção 158 da OIT foi aprovada pela 68ª Conferência Internacional do Trabalho em 1982 e está em vigência no plano internacional desde 23.11.85.

Num primeiro momento, chegou-se a dizer que referida convenção criava estabilidade a todos os empregados de forma ampla e irrestrita, o que, depois, verificou-se apenas tratar de mecanismos que dificultam a dispensa do trabalhador.

No Brasil, foi ratificada através do Decreto-legislativo n.68 de 16.9.92, mas, foi denunciada pelo Decreto n.2.100 de 20.12.96, deixando de vigorar a partir de 20 de novembro de 1997.

3.4 A POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA

O que muito se tem discutido com relação às estabilidades provisórias é sobre a possibilidade ou não do empregado, por ela garantida, renunciá-la.

Como brilhantemente ensinaram os autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk: " O interesse público de proteção à liberdade individual justifica a ruptura, pelo empregado, do vínculo jurídico, pois, do contrário, este o sujeitaria a liames perpétuos." E mais, " A estabilidade vincula somente o empregador, garantindo o empregado contra as incertezas geradas pela precariedade da relação-de-emprego por tempo indeterminado".

Assim, como já falado no item 1 deste trabalho, e acompanhando esta linha de pensamento dos citados autores, é possível concluir, que negar ao trabalhador o direito de renunciar a estabilidade provisória seria impor-lhe um ônus que não é a real intenção da lei. O que esta visou ao criar a estabilidade, foi proteger o empregado em um determinado momento em que sua situação pessoal específica lhe tornava frágil e mais suscetível de ser dispensado por seu empregador. Portanto, se for seu desejo romper o vínculo dentro deste momento, por razões que não cabe aqui discutir, e via de consequência tiver que renunciar à estabilidade, este direito não lhe deve ser negado.

O que deve ser garantido ao empregado, neste momento, é a adequada assistência sindical, para que, devidamente tutelado, não seja vítima de abusos por parte do empregador.

4 - A ESTABILIDADE DA GESTANTE

4.1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estabilidade que visa a assegurar à mulher e ao nascituro, a necessária tranquilidade, tanto na gestação, quanto no momento que logo procede ao parto, já que nestes momentos, a situação especial em que se encontra a torna ainda mais parte frágil na relação empregatícia.

4.2 MOMENTO EM QUE ELA NASCE

A discussão que se trava hoje na doutrina e jurisprudência é com relação ao momento em que nasce o direito da estabilidade para a gestante, já que a CF fala em "confirmação" e muito se tem questionado o termo.

Os que defendem a teoria da responsabilidade objetiva consideram que é essencial a confirmação da gravidez para a empregada, mas não para o empregador, pois é responsabilidade objetiva do empregador, proteger o nascituro. Defendem a idéia de que a palavra confirmação não quer dizer comunicação, portanto, não é necessário que o empregador tivesse sido comunicado da gravidez.

Por outro lado, os que pregam a teoria da responsabilidade subjetiva, entendem que para que a gestante tenha direito à estabilidade, o empregador deveria estar ciente deste fato.

A jurisprudência tem decisões nos dois sentidos, conforme se extrai das decisões abaixo reproduzidas.

Pela teoria da responsabilidade objetiva :

"A estabilidade provisória da gestante, prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescinde do conhecimento do empregador ou mesmo da empregada e a exegese teleológica do referido comando legal é a de que a garantia tem seu marco inicial no momento da concepção, pois o que pretendeu-se proteger foi o nascituro, a gestação." (TST, SBDI-1, E-RR 296.488/96.1, Rel.Min. Milton de Moura França, in Carrion, Valentin -Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho, SãoPaulo, Ed. Saraiva, 1998, p. 182)

Pela teoria da responsabilidade subjetiva :

"O requisito da confirmação da gravidez, exigido pela Constituição Federal, é um ato formal a ser atendido pela empregada para os fins de estabilidade da gestante, através de atestado médico ou exame laboratorial" (TRT 20. R., 60. T. RO 02950174137, Ac. 02960406928, Rel.juiz Amador Paes de Almeida, conforme Carrion, Valentin -Nova Jurisprudência em direito do trabalho, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 146)

Parece que a posição mais acertada seria a da teoria da responsabilidade objetiva, pois esta alcança mais e melhor o sentido da lei, isto é, o que o legislador realmente objetivou atingir : a proteção da maternidade, do nascituro.

Aos que se posicionam contra essa teoria argumentando que tal posicionamento acabou levando muitas mulheres - que tendo sido despedidas sem que o empregador soubesse de seu estado gravídico - esperassem o nascimento de seus filhos para depois ir à Justiça do Trabalho pleitear indenização pelo período estabilitário, cabe lembrar, que ao Juiz, no momento de apreciar tal situação, é possível reconhecer o abuso de direito praticado pela empregada e coibir este tipo de atitude. Afinal, também é um escopo da Jurisdição, educar.

O que não se pode é, em nome de alguns que abusam do direito desvirtuando a finalidade da lei, comprometer interesses maiores, como o do nascituro e o da própria maternidade.

4.3 DIREITO À REINTEGRAÇÃO OU INDENIZAÇÃO?

O que a lei garante é a reintegração, porque o que ela visa é manter o emprego da gestante que se encontra numa situação delicada. É certo que, se ela perder o emprego neste momento, dificilmente conseguirá outra colocação, pelo menos até o nascimento do filho.

Em casos excepcionais, quando se houver criado alguma incompatibilidade entre empregada e empregador é que o Juiz deve ordenar a indenização, ao invés

da reintegração. Também na impossibilidade de reintegração, quando já esgotado o período da garantia, sem culpa da reclamante.

A jurisprudência tem entendido, inclusive, que se somente formulado pedido de indenização, sem o de reintegração, demonstra o ânimo da reclamante de não mais retornar, o que já excluiria seu direito de garantia de emprego. É uma forma de se coibir o abuso de direito, preservando o direito daqueles que buscam efetivamente a reparação da lesão sofrida.

4.4 A EMPREGADA DOMÉSTICA

Entre os direitos conquistados pela categoria dos domésticos na CF de 88, está a licença maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, pelo prazo de 120 dias.

Em razão deste dispositivo, abriu-se a discussão acerca de também estar garantida à empregada doméstica gestante, a estabilidade, e acabou-se por concluir e, hoje é pacífico na doutrina e jurisprudência, que não há tal garantia de emprego.

Concluiu-se desta forma, porque, nos direitos arrolados pelo parágrafo único do artigo 7º, não se estendeu à categoria dos domésticos, a proteção contra a dispensa arbitrária prevista no inciso I e é este, que nos remete à garantia de emprego da gestante, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

5 - A ESTABILIDADE DO ACIDENTADO

5.1 - EXISTE REALMENTE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE?

A Lei previdência 8213/91, em seu artigo 118, criou a estabilidade do empregado que, tendo sofrido acidente de trabalho, tem garantida a manutenção de seu emprego, pelo prazo de 12 meses. Esta mesma lei, disciplina os requisitos que devam ser atendidos para que o empregado faça jus a tal direito.

Muito se tem discutido, desde então, sobre sua constitucionalidade.

Os que defendem a inconstitucionalidade alegam que, de acordo com o artigo 70. da CF, somente por lei complementar seria possível se conceder garantia de emprego - e a lei 8.213 é lei ordinária. Também pregam a idéia de que mencionado artigo, cria hipótese de estabilidade não contemplada pela CF, o que estaria, portanto, indo além daquela e tornando tal situação inconstitucional.

Acertadamente, parece-me, os que rezam pela constitucionalidade contra argumentam àqueles dizendo que : primeiramente, o artigo 118 da Lei 8213 cria uma hipótese de estabilidade provisória específica para uma determinada situação

de trabalhadores - os acidentados, não havendo, portanto, nenhum confronto como o que prega o art. 7o. da CF, que prevê o regulamento de uma proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa em caráter geral, isto é, para todos os trabalhadores; em segundo lugar, não é verdade que as hipóteses de estabilidades provisórias elencadas pela CF sejam exaustivas - são apenas exemplificativas. Seria um retrocesso no direito do trabalho entender-se que não é possível criar outras hipóteses de estabilidades provisórias no surgimento de situações específicas que as justificariam, sob aquele argumento de que a CF já previu todas as que poderiam existir.

5.2 REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO

É realmente necessário o recebimento do auxílio-doença?

Muito se tem discutido, também, da real necessidade do cumprimento do requisito imposto pela lei, de ter o empregado recebido o auxílio-doença. Nos termos do artigo 118 : " ...após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente."

Uma parte da jurisprudência, fazendo uma interpretação teleológica do citado artigo, argumenta que a finalidade da lei é proteger o empregado acidentado que se encontra fragilizado naquele momento. E, essa fragilidade alcança tanto aqueles que foram afastados por mais de 15 dias das atividades e, portanto, receberam o auxílio-doença, como aquele que não ultrapassou os 15 dias ou sequer ficou afastado, no caso de doença do trabalho. Portanto, a necessidade do cumprimento daquele requisito poderia ser afastada para que um bem maior seja protegido.

Por outro lado, os que defendem a necessidade deste são mais legalistas e argumentam : trata-se de requisito indispensável exigido pela lei que, portanto, não pode ser afastado sob nenhuma alegação, mesmo que mais benéfico ao empregado. Esta, inclusive, a jurisprudência dominante.

5.3 DA NECESSIDADE DE SEQÜELA

Outra discussão que se trava a respeito da estabilidade acidentária, diz respeito à necessidade de, após o acidente de trabalho, permanecer o empregado com seqüelas..

Não restam dúvidas, que tal garantia foi criada para amparar aquele trabalhador que, tendo sofrido acidente de trabalho, em razão dele, teria dificuldades para encontrar nova colocação, ou seja, não conseguiria arranjar nova colocação no mercado de trabalho, por não estar com suas condições físicas totalmente normais.

Assim, não é possível afastar-se a idéia, de que a garantia de emprego, não deve ser concedida indistintamente a todos aqueles que sofreram acidente de trabalho.

O texto do mencionado artigo já trouxe inclusive em seu conteúdo, a exigência do requisito "seqüela", para a concessão da garantia de emprego, isto é, anteriormente, era condição expressa que o autor apresentasse alguma seqüela do acidente para que fosse beneficiário daquela. Inegável, portanto, a finalidade da lei : proteger aquele que, tendo sofrido acidente, em razão deste, vai ser discriminado no mercado de trabalho e, conseqüentemente, terá dificuldades para obter nova colocação.

Desta forma, reconhecer a garantia de emprego àquele empregado que não tem qualquer restrição física, seria o mesmo que tolerar um abuso de direito, isto é, permitir que o autor se socorresse de um direito, desviado de sua finalidade. Seria coadunar-se com a idéia de que teria estabilidade de 12 meses um empregado que torceu o "dedinho" do pé ao "chutar" a porta do escritório e depois de 20 dias, já com alta médica e sem qualquer seqüela, tendo gozado do benefício previdenciário do auxílio acidente por 5 dias, teria cumprido todos os requisitos da lei.

Esta, porém, é a tese minoritária na doutrina e na jurisprudência, que se tem inclinado ao entendimento, de que a lei não faz qualquer exigência quanto à existência de seqüela, pelo que, não cabe ao intérprete, entendê-la necessária. Para estes, o requisito seria somente, o acidente, o nexa causal e, para alguns, ainda, o percebimento do auxílio-acidente.

6 - A ESTABILIDADE DO DIRIGENTE SINDICAL

6.1 O QUE JUSTIFICA A ESTABILIDADE DO DIRIGENTE SINDICAL

Com o nascimento dos sindicatos e, conseqüentemente, a da figura do dirigente sindical, nasceu a necessidade de se proteger este último, para que pudessem efetivamente desempenhar seu papel.

É certo que ao representar uma determinada classe de trabalhadores, estará o dirigente sindical em conflito direto com os interesses do empregador, indispondo-se diretamente com os representantes daquela e, por evidente, colocando em risco, seu próprio emprego, já que, dificilmente será visto com bons olhos pelo empregador.

De nada adianta conceder poderes ao dirigente sindical para que possa negociar com o empregador, representando o sindicato e discutindo os interesses da classe, se não se concede a este, mecanismos que lhe garantam a liberdade de agir.

Os comandos contidos na CLT e na Constituição Federal se complementam, na medida em que a primeira veda, inclusive, a transferência do dirigente sindical, para local que dificulte ou impeça o exercício de suas funções.

A estabilidade do dirigente sindical, se estende até um ano, após o final do mandato. Trata-se de mais uma medida protecionista que, ao ser elaborada, certamente vislumbrou da necessidade de se esperar referido período, até que os âni-

mos envolvidos estejam abrandados, diminuindo assim, a resistência do empregador de permanecer com um empregado que por vezes, poderia ter lhe contrariado os interesses.

6.2 O QUE ELA VISA A PROTEGER?

Mais do que proteger o trabalhador dirigente sindical, esta estabilidade também tem o fito de proteger toda classe que ele representa.

Parece claro que somente goza de estabilidade, o dirigente que efetivamente desempenhe na empresa a função correspondente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito.

Essa é a conclusão a que se chega, pois é a que atinge a finalidade da lei e de tudo o que foi dito acima : se a estabilidade é concedida, não como um benefício pessoal ao dirigente, mas mais amplamente, voltada para toda coletividade que ele representa, certo é que este deve estar no exercício da função inerente àquele sindicato.

6.3 DIREITO DE REINTEGRAÇÃO - A NECESSIDADE DE INQUÉRITO JUDICIAL

Para que seja efetivo aquele comando, a lei impõe a necessidade de que a empresa, se entender detentora de motivo que justifique a rescisão do contrato de trabalho do dirigente sindical, promova o inquérito judicial prévio, sob pena de que a Justiça do Trabalho faça a reintegração liminarmente.

6.4 - QUANTOS DIRIGENTES SÃO ALCANÇADOS POR ELA

Com o advento da CF 88, artigo 8º, inciso I, nasceu a discussão a respeito do número de dirigentes sindicais protegidos, pois, este trouxe à tona, a idéia de que estariam revogados todos os artigos da CLT que fixam regras de administração do Sindicato, pois estas estariam vedadas pela CF.

Desta forma, não estaria mais em vigor a regra que limitava a sete o número máximo de dirigentes sindicais de uma entidade e se vislumbrou a possibilidade de criação de inúmeros cargos de dirigentes sindicais.

Fica claro o desvirtuamento da finalidade da lei - e aí teremos o abuso de direito - quando uma entidade que antes era dirigida por sete pessoas, passar a ter em seus quadros, cinqüenta, às vezes cem dirigentes sindicais. O abuso do direito se personifica porque além de se estar pretendendo exercitar um direito enviesado à sua finalidade, este vem de encontro com o direito potestativo do empregador de despedir.

Nesta mesma linha de entendimento, vêm-se apresentando algumas decisões dos Tribunais do Trabalho.

Percebendo o caminho que estava sendo percorrido pelas entidades sindicais, a 2ª. Turma do STF, julgando o Recurso Extraordinário 193.345.3-SC, se manifestou no sentido de limitar o número de dirigentes sindicais para o entendimento razoável. Neste sentido têm caminhado as decisões da Justiça do Trabalho, inclusive o TST que, ao que tudo indica, deve firmar sua jurisprudência no sentido de manter os sete dirigentes na forma da CLT.

7 - A ESTABILIDADE DO CIPEIRO.

7.1 - A RAZÃO DA ESTABILIDADE CONFERIDA AOS MEMBROS DA CIPA

Os fundamentos para a existência da estabilidade conferida ao cipeiro não diferem muito dos já tecidos para o dirigente sindical, já que a finalidade em ambos os casos, é muito semelhante.

Aqui, a diferença é que os interesses defendidos pelo empregado, como membro da CIPA, restringem-se à prevenção de riscos de acidentes do trabalho e proteção dos trabalhadores neste mesmo sentido.

O conflito com o empregador é inevitável, já que faz parte da função do cipeiro, exigir da empresa, o correto fornecimento de equipamentos de proteção individual, a tomada de medidas para evitar acidentes, entre outras, o que, na grande maioria das vezes, implica em custo financeiro para o empregador.

7.2 - A QUEM VISA A PROTEGER.

Através do enunciado do texto constitucional que prevê referida estabilidade é possível identificar que a estabilidade somente se estende ao empregados eleitos, pelo que, excluídos os escolhidos pelo empregador.

Certamente, ao proceder desta forma, o legislador apegou-se ao fato de que, funcionários escolhidos pelo empregador seriam seus empregados de confiança e que, por esta razão, não corriam o risco de ser dispensados ao tomar medidas de prevenção e proteção contra acidentes do trabalho.

Porém, com relação aos detentores de estabilidade, após a previsão da CF de 88, a dúvida surgiu com relação aos suplentes, já que o texto constitucional fala apenas em empregado eleito para o cargo de direção.

Esta questão, que muito se discutiu nos Tribunais, foi apaziguada através da edição do Enunciado do TST n. 339, que verbera :

" O suplente de CIPAA goza de garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea "a" do ADCT da Constituição da República de 1988 ".

7.3 - A MESMA DISCUSSÃO: DIREITO À REINTEGRAÇÃO OU À INDENIZAÇÃO?

Da mesma forma que a gestante, entendemos que também o CIPEIRO tem direito ao emprego e, portanto, dentro do prazo de estabilidade, deverá ser reintegrado, pois a finalidade da lei, como já dito, é garantir a representação dos trabalhadores junto à Comissão. É, na verdade, um direito, que ultrapassa a própria figura do trabalhador. Simplesmente indenizá-lo, seria esvaziar a finalidade do instituto.

8. OUTRAS ESTABILIDADES.

Além das estudadas estabilidades, hoje legalmente previstas, também estão em vigor no nosso direito, a estabilidade do diretor de cooperativa e dos trabalhadores representantes do CNPS e membros do Conselho Curador do FGTS, que também visam a preservação da liberdade do empregado, de poder exercer o cargo no qual estão investidos.

Além das estabilidades legais, há também a possibilidade da criação de estabilidades via instrumentos coletivos.

CONCLUSÃO

É possível concluir, por tudo o que foi exposto, a importância e relevância da figura da estabilidade no nosso Direito do Trabalho.

Considerando ser o trabalhador a parte mais fraca na relação empregado-empregador, ou pelo menos, a que tem menor poder de negociação de seus interesses, é extremamente necessário que a lei lhe assegure, ao menos nos momentos particulares mencionados, a estabilidade que, como já dito, é um traço daquele desejo de segurança social, almejado por toda sociedade.

Brilhantemente concluiu o mestre Márcio Túlio Viana, ao escrever sobre a "Proteção ao emprego e estabilidade sindical : onde termina o discurso e começa a realidade" :

"Na verdade, proteger o emprego não é só proteger o emprego.É também proteger o sindicato e as condições de trabalho. É garantir o processo e viabilizar um verdadeiro acesso à Justiça.

Em última análise, proteger o emprego é proteger cada norma trabalhista. Portanto, é proteger o próprio Direito".

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Isis. Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célio Goyatá, Coordenação Alice Monteiro de Barros. Ed. LTr. 30. Edição - 1997.
- BARROS, Alice Monteiro. Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho. Editora LTr, São Paulo, 2001.
- CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. Editora Saraiva, São Paulo, 26ª edição, 2001.
- GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. Ed.Forense. 10. Edição - 1990.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Manual de Direito do Trabalho-Estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. Ed. LTr, São Paulo, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. Ed. Saraiva. 100. Edição - 1992.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Ed. LTr, São Paulo, 50. Edição - 1997
- ROMITA, Arion Sayão. Repertório IOB de Jurisprudência - 10. quinzena de janeiro de 1993. N. 1/93, pag.17.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. A Estabilidade do Trabalhador na Empresa. Editora LTr, São Paulo, 1980.
- SILVA, Antônio Álvares da Silva. A Convenção 158 da OIT e a Garantia no Emprego. Editora LTr, São Paulo, 1996.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. Ed. LTr, São Paulo, 160. Edição, 1997.
- TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à relação de emprego. Ed. LTr, São Paulo, 1998.

UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Luciana Cordeiro de Souza¹

INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação têm influenciado sobremaneira a sociedade² como um todo, banalizando o homossexualismo, difundindo idéias distorcidas de família, sem contar, com o aparecimento de doenças sexualmente transmissíveis e letais, como a AIDS que tem dizimado os companheiros³. Isto tudo, não obstante, a luta real e árdua de muitos homossexuais nos Tribunais para que possam dividir o patrimônio comum, ou apenas usufruir do plano de saúde do outro, culminou na criação de um Projeto de Lei, em trâmite no Congresso desde 1995, para que seja reconhecida a sociedade entre os conviventes do mesmo sexo.

A realidade é clara, existe o homossexualismo, existem casais diferentes, não famílias, apenas casais que trabalham juntos, lutam juntos e que são completamente discriminados pela sociedade, não tendo seus direitos reconhecidos.

Por mais preconceituosa que a sociedade possa ser, chega de hipocrisia, algo deve ser feito para que estas pessoas possam ser consideradas sujeitos de direitos, encaradas com entes sociais e, principalmente, possa ser partilhado tudo o que construíram juntos.

1- CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Constituição Federal de 1988 preceitua, in verbis:

Art. 5.º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)"

¹ Especialista em direito processual civil, direito penal e processual penal, mestra e doutoranda em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, advogada, professora Ciências Políticas FADIPA - Jundiá, Direito Civil na Universidade Guarulhos, Rua Dom José Mauricio da Rocha, 204- Mairiporã/SP, 07600-000, fone: (11) 4604-4640, email: lucordeiro@uol.com.br.

² Acredita-se em leis preventivas. Não se pode deixar de aduzir que a lei, para que tenha plena eficácia e aplicabilidade, deva prevenir e não somente reparar, mas enquanto isto não ocorre...

³ O homossexualismo tratava de um grupo de risco, no final da década de 70, mais provavelmente no início da década de 80, foram identificados os primeiros casos de AIDS em homossexuais, na cidade de São Francisco nos Estados Unidos, e acreditava-se ser uma doença que atacava somente os sexualmente iguais.

A igualdade preceituada no supracitado artigo tem embasamento na afirmação encontrada no art. 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direitos."

Com isto, consagra-se constitucionalmente o chamado "Princípio da Isonomia" - cláusula pétrea.

*Ruy Barbosa, esclarece sobre o verdadeiro significado de isonomia: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."*⁴

O ilustre mestre José Afonso da Silva⁵, no tocante a igualdade, assevera: "A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desequiparações e preconceitos."⁶

Portanto, mister se faz demonstrar que se pretende defender a igualdade entre as pessoas, que todos os indivíduos sejam respeitados, independentemente de suas preferências, pois todos são cidadãos e, se detentores de deveres, o são, também, portadores de direitos.

*Luiz Edson Fachin esclarece que : "Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns "nós" que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo."*⁷

⁴ Rui Barbosa. *Oração aos moços*. p. 31.

⁵ José Afonso da Silva *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 227

⁶ Neste sentido: Luiz Edson Fachin. Aspectos Jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *RT* 732.p. 48.

⁷ Idem. p. 53.

2- UNIÕES HOMOSSEXUAIS

2.1- CONCEITO

Conceituando o Homossexualismo como "*perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os de sexo oposto*", HELIO GOMES os ordena em seis classes, conforme as causas que levaram tais pessoas a um relacionamento não convencional, sejam elas de origem física, psíquica ou comportamental. Apesar disto, a Organização Mundial de Saúde, no início do ano de 1993, decidiu retirar o homossexualismo da categoria de transtornos mentais. Isto equívale a dizer que **não pode mais a diferença ser tratada como doença.**

2.2- ORIGEM HISTÓRICA

O homossexualismo sempre existiu ao longo da história da humanidade.⁹

Em Esparta, a relação homossexual era prescrita pelo governo. Desta forma, encontram-se inúmeros relatos sobre a prática comum do homossexualismo entre seus soldados, em virtude da supervalorização do mundo masculino.

Na Grécia, admitia-se a pederastia, porém o casamento entre homossexuais não era permitido, já que o fim único do casamento era o da reprodução.

Para os gregos, só a beleza importava e o corpo do homem era tido como mais belo que o da mulher, que era vista como sub espécie.

Como explica Michel Foucault, pode-se falar da bissexualidade na Grécia, pois, se um grego podia, simultânea ou alternadamente, amar um rapaz ou uma moça, desejar um homem ou uma mulher, isto fazia, explica o autor, unicamente em virtude do "*apetite que a natureza tinha implantado no coração do homem para aqueles que são belos, qualquer que seja o sexo.*"¹⁰

Em Roma, a prática do homossexualismo era incentivada, pois denotava virilidade, era sinônimo de masculinidade. Aos escravos era dada a importante missão de satisfazer o seu senhor, submetendo-se a ele, pois eram obrigados a fazer o que lhes era ordenado.

Como lembra o texto de Paul Veyne : "*a maneira habitual de implicar com um escravo é lembrar-lhe qual o serviço que seu amo espera dele, e para o qual o escravo tem que se pôr de gatas.*"¹¹

⁸ Texto extraído, via Internet, do artigo de Monica Cristina Moreira Pinto - <http://www.eselsa.com.br>

⁹ Porém, nota-se que há diversos relatos históricos quanto ao homossexualismo masculino, mas muito pouco sobre o homossexualismo feminino.

¹⁰ Michel Foucault. *História da sexualidade II - O uso dos prazeres.* p. 168.

¹¹ Paul Veyne. IA homossexualidade em Roma. In VVAA, *Sexualidades Ocidentais.* p. 40-41.

Isto se dava em virtude de que os homens jovens não poderiam ser o sujeito passivo da relação; esta condição era do escravo.

Mais sucintamente, cabe ressaltar que o homossexualismo, após sua aceitação na Antiguidade Clássica, passou pela história¹², até o início do século XIX, como uma perversão.

O homossexualismo entra no século XX como doença, sendo que até o ano de 1993, como já exposto, figura como distúrbio psicológico, pela Organização Mundial de Saúde.

2.3- PANORAMA ATUAL DA QUESTÃO

"No mundo, atualmente o movimento homossexual é bastante organizado, já existem diversas frentes de resistência contra o preconceito e a discriminação social mascarada ou não.

Nos Estados Unidos da América, apesar da extensa propaganda externa, a sodomia é proibida por lei em vinte e quatro unidades da Federação. Entretanto, nos demais Estados, algumas modificações departamentais em relação aos homossexuais vêm se verificando. Assim, em Nova York, os funcionários da Prefeitura podem estender o benefício da assistência médica a seus companheiros do mesmo sexo; grandes empresas proíbem a discriminação com base na orientação sexual de seus funcionários; estudantes de Massachusetts obtiveram, por lei, direitos iguais aos dos heterossexuais, que corresponderiam, na prática, a levar namorados do mesmo sexo a bailes da escola, formar associações e clubes e participar de competições internas; asilo político já foi concedido pelos Estados Unidos ao brasileiro Marcelo Tenório, que afirmou estar sendo perseguido em sua pátria natal por ser "gay"; dois deputados assumiram, no Congresso Americano, sua condições homossexuais.¹³

Complementando, o jornal "O Estado de São Paulo" noticiou no dia 21/05/96, que a suprema Corte Americana cancelou lei do estado do Colorado que retirava proteção a homossexuais. O juiz Anthony M. Kennedy, autor da opinião da maioria escreveu que: *"O Estado não pode considerar uma classe de pessoas estranhas às suas leis."*¹⁴

No Brasil, embora o Texto Constitucional proíba qualquer tipo de discriminação, há um preconceito enraizado na sociedade brasileira que a faz discriminar o homossexualismo. Em virtude disto, não há nenhuma previsão legal e efetiva para

¹² O homossexualismo nunca deixou de existir, incentivada pelo Estado ou como forma de demonstração da virilidade masculina, ocorre que

¹³ Monica Cristina Moreira Pinto. ob. cit., passim.

¹⁴ Paulo Sotero. Gays e lésbicas obtêm vitória histórica. *O Estado de São Paulo* - <http://www.estado.com.br/jornal/96/05/21>

proteger a união homossexual. O que vem surgindo, lentamente, são as ações judiciais¹⁵ com intuito de se ver reconhecida uma sociedade de fato existente entre o casal homossexual.

Tendo em vista o surgimento da AIDS, e o aumento de uniões estáveis homossexuais, combinado com um movimento crescente de defesa dos direitos destes casais, as inúmeras ações judiciais propostas visando ao reconhecimento da sociedade de fato, ou simplesmente a declaração de dependência em relação aos companheiros para usufruir de plano de saúde, concomitantemente ou não, com a divisão do patrimônio amealhado pelo casal durante os anos de convivência, fez com que o STJ reconhecesse a sociedade de fato firmada entre um casal homossexual.

Todavia, tramita no Congresso desde 1.995, um projeto de lei de n.º 1.151, de autoria da Deputada Marta Suplicy (PT-SP), que busca oferecer uma proteção legal para a união homossexual.

Segundo Luiz Mott: *"Exatamente na mesma ocasião em que esse polêmico projeto dá entrada na comissão especial da Câmara dos deputados, no mundo civilizado o Contrato de União Civil, popularmente chamado de casamento homossexual, já é realidade; Dinamarca, Noruega, Suécia e Hungria já instituíram como lei em âmbito nacional. Inúmeras e importantes cidades da Holanda, Espanha e Bélgica já reconhecem e dão atestados d união civil aos casais gays e lésbicas. Na França, já são 243 as prefeituras que permitem aos homossexuais esse direito elementar de cidadania."*¹⁶

Ainda, no que se refere ao Brasil, foi proferida decisão inédita pela 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, que incluiu como dependente no Plano de Assistência Médica Suplementar da Caixa Econômica Federal, do companheiro de um homossexual que é servidor aposentado da CEF e titular do plano. Ambos são portadores de HIV, o que gerou a aposentadoria.

Vale destacar a brilhante e lúcida sentença da relatora da ação no TRF, juíza Marga Inge Barth Tessler :

"Não podemos obscurecer ou hipocritamente considerar ou ignorar como a vida e os humanos são.

A razoabilidade deve prevalecer, também, para afastar a hipocrisia. Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso vizinho, se trouxer um amigo para morar com ele. Transformamos transexuais em símbolo sexual feminino, mas não lhe damos o direito a documentos de mulher, reprovamos o casal lésbico da novela das oito, mas assistimos e toleramos as cenas de violência, o assassinato de

¹⁵ Acórdão de 30.06.1990, Apelação Cível 731/89.: O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 1990, com certas limitações, efeitos de sociedade de fato a pessoas do mesmo sexo

¹⁶ Luiz Mott. Direito elementar de cidadania. O Estado de São Paulo. <http://www.estado.com.br/jornal/96/06/27>

crianças e mendigos, o desrespeito com as pessoas mais simples do povo que comparecem a certos programas de auditório. Somos uma sociedade hipócrita, mas aos poucos vamos nos dando conta da falta de razoabilidade e injustiça em nosso proceder.”¹⁷

Recentemente, o jornalista Reali Júnior ¹⁸ noticiou que na França foi aprovado "casamento" de homossexuais, e que a oposição apoiada pela corrente tradicionalista da Igreja Católica e por protestantes vai recorrer.

3- PROJETO DE LEI N.º 1.151/95

Denota-se muito maior clareza e nitidez no projeto de lei que tramita no Congresso sobre Parceria Civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, do que as leis de Concubinato e União Estável em vigor.

Estão previstos no projeto o direito à previdência, testamento, seguro-saúde em conjunto e imposto de renda em conjunto. O projeto visa a garantir à comunidade homossexual os mesmos direitos dos heterossexuais.

A Deputada Marta Suplicy¹⁹, autora do projeto, justifica na exposição de motivos do projeto, que o mesmo visa a regular as uniões estáveis e não se propõe dar às parcerias homossexuais um status igual ao do casamento.

Explica que a diferença entre casamento e o tipo de união que o projeto propõe é bem grande porque com a parceria não existe mudança no estado civil das pessoas envolvidas.

¹⁷ Texto extraído Consultor jurídico - Universo Online:

<http://cf3.uol.com.br:8000/consultor/chamal/cfm?numero=622>

¹⁸ Interessante colacionar alguns trechos: "A Assembléia Nacional francesa finalmente aprovou, por 315 votos contra 249, a polêmica lei sobre o Pacto Civil de Solidariedade (Pacs), que beneficiará casais heterossexuais que optaram por viver sob o mesmo teto, mas principalmente casais homossexuais do sexo masculino e feminino, até agora ignorados pela legislação. Só estão excluídos dessa lei os *duos* cujo grau de parentesco é muito próximo. O contrato previsto pelo Pacto civil de Solidariedade pode ser assinado por duas pessoas físicas maiores de idade, de sexo diferente ou mesmo sexo que pretendem organizar uma vida comum. O Pacs está aberto também para o caso de duas pessoas que não mantêm relações sexuais, dois irmãos ou irmãs que pretendem viver sob o mesmo teto, por exemplo. Após três anos de vida comum, os signatários poderão receber uma imposição fiscal comum em determinados casos. Os contratantes poderão também legar seus bens em caso de herança como se fossem marido e mulher, levando-se em conta todos os aspectos da legislação existente. O texto da lei não obriga os contratantes a viver no mesmo local, mas quando isso ocorre, m caso de morte ou abandono do domicílio, a nova lei dá ao parceiro o direito de assumir o contrato de aluguel. Quanto aos direitos trabalhistas, as empresas devem levar em conta a possibilidade de admitir a ausência do trabalho de um dos parceiros, quando o outro tenha sido vítima de um acidente grave. Quando se trata de parceiros de nacionalidade diferentes, a lei suprime a necessidade de cinco anos de residência na França para conceder a nacionalidade ao parceiro estrangeiro. No capítulo deveres, entre outras coisas, além da solidariedade mútua, a lei prevê que as dívidas contratadas para tornar viável a vida em comum são de responsabilidade dos dois parceiros. Finalmente, o texto também prevê uma definição de concubinação para homossexuais no Código Civil. Até hoje, a jurisprudência limita a noção de concubinação aos casais heterossexuais." Conforme noticiado de Paris por Reali Júnior. "França aprova 'casamento' de homossexuais." *O Estado de São Paulo*. <http://www.estado.com.br/jornal/99/10/14>.

¹⁹ Entrevista exclusiva concedida a Fernanda Mena - Universo Online - <http://www.uol.com.br/diversão/gls>

Esclarece, ainda, que este é um projeto que uma avó pode assinar com a neta, desde que, por exemplo, avó seja viúva e neta, solteira. Não existe a palavra homossexual no projeto. Trata-se de uma parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.

O relator do projeto Roberto Jefferson (PTB-RJ), disse: "*Os homossexuais são seres humanos e merecem respeito. Acho o projeto justíssimo, pois tira os homossexuais do anedotário e lança sobre eles o manto da lei.*"²⁰

Salienta Ricardo César Pereira Fiuzza²¹, que a união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do direito de família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro do Direito das Obrigações.

*Importante destacar, crítica feita ao Projeto pelo Prof. Segismundo Gontijo, quanto à possibilidade de fraude, esclarecendo: "Mesmo conferindo uma série de direitos aos que denomina parceiros, em nenhum ponto dá a entender se aplicar a casais homossexuais contratantes da própria convivência. Por isso, quaisquer duplas, masculinas ou femininas, se encaixarão no texto para gozar, pela fraude, os importantes direitos que prodigaliza. Usarão dessa parceria para satisfazer interesses subalternos e não como retribuição natural e legal da própria dedicação, ou como reciprocidade compensadora de longo e continuado suprimento de carências afetivas e sexuais numa convivência solidária, como se acreditava se escopo da matéria em discussão. Bastará aos simuladores - que jamais foram gays ou pretenderam conviver - se autodenominem parceiros civis e assim se registrem, aproveitando da redação simplista: é assegurado a duas pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei. Seus requisitos se limitam a serem os parceiros maiores de 21 anos, viúvos ou divorciados constituir-se a parceria por escritura pública em cartório de Notas, levada a registro Civil - e, se com disposições patrimoniais, ao Registro de Imóveis para valer contra terceiros."*²²

Porém, não obstante as considerações proferidas pelo Prof. Gontijo, é certo que deva existir uma lei que preserve os direitos dos chamados "casais gays", que a mídia tanto proclama, e por estar ainda, em vias de votação, o referido projeto pode ser objeto de emendas que possam sanar as lacunas existentes.

O Prof. Antonio José M. Feu Rosa, conclui que:

"Diante desses raciocínios e desses registros históricos, fica difícil entender a razão de toda essa celeuma que se faz, atualmente, em torno do casamento entre homossexuais. Pois, como dizia Hegel, fator essencial para o casamento é a unidade ético-sentimental. O notável filósofo alemão enfatizava que o matrimônio não é essencialmente união meramente natural, bestial, nem um simples contrato

²⁰ C.B. 12/04/96 - conforme publicação do jornal "O Estado de São Paulo" de 27/06/96.

²¹ Ob. cit., p. 96.

²² Segismundo Gontijo. A parceira dita gay. - <http://www.gontijo-familia.adv.br>

civil, mas "uma união moral do sentimento, no amor e confiança recíprocos, que faz de duas pessoas uma só pessoa"²³ (*Filosofia do Direito*, §162).

Assim que o melhor caminho para os cultores do direito é deixar de lado as posições preconcebidas e analisar tais uniões, exclusivamente sobre o prisma jurídico.

CONCLUSÕES

Este trabalho trata de questões da "vida real", de relações existentes no cotidiano da sociedade global, apesar da hipocrisia social, moral e religiosa existente, continuam latentes, e o operador do direito não pode se esquivar, nem tão pouco compartilhar de toda esta "falsa moral"; mas sim, buscar soluções concretas com o fim único de resguardar direitos.

Salienta-se que nas relações familiares o amor deve prevalecer, já que não é a lei, mas o sentimento que une as pessoas. Muito embora, a relação homossexual não possa ser considerada família, não se deve esquecer que o amor pode existir entre pessoas sexualmente iguais.

Nas relações homossexuais, encontram-se pessoas que se unem por sentimento, que constroem uma vida ao lado do companheiro (a), constituem um patrimônio e, juridicamente falando, deve ser criada uma lei que regule esta sociedade de fato, no sentido de proteger o patrimônio construído e conquistado por eles.

Em hipótese alguma, defende-se a equiparação da união homossexual à família, espera-se que sanadas as falhas que possam prejudicar a efetividade do Projeto n.º 1.151/95, o mesmo possa ser aprovado e, com isso, sejam respeitados os direitos dos companheiros como cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. 3a. ed., Rio de Janeiro: Simões, 1949.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, p. 47-54, out./96.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade II - O uso dos prazeres. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

²³ Trecho extraído do artigo "Casamento" de Antônio José M. Feu Rosa - *Revista Jurídica Consulex*. p.11.

GONTIJO, Segismundo. A parceria dita gay. <http://www.gontijo-familia.adv.br>

MENA, Fernanda. Parceria Civil entre homossexuais. Universo Online. <http://www.uol.com.br/diversao/gls/suplicy.htm>

MOTT, Luiz. Direito elementar de cidadania. O Estado de São Paulo. <http://www.estado.com.br/jornal/96/06/27>.

PINTO, Monica Cristina Moreira. União Homossexual. <http://www.escelsa.com.br/usuarios/nelson/homossexual.htm>

REALI JÚNIOR. França aprova 'casamento' de homossexuais. O Estado de São Paulo. <http://www.estado.com.br/jornal/99/10/14>.

ROSA, Antônio José M. Feu. Casamento. Revista Consulex, n. 27, Brasília, março/1999.

SANTOS, Claudete Ottoni dos. Homossexuais e a sucessão. <http://cf3.uol.com.br:8000/consultor/art1.cfm?numero=434>.

SCHEINBERG, Gabriela. Casais do mesmo sexo aguardam votação de lei. O Estado de São Paulo. <http://www.estado.com.br/jornal/99/01/20>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOTERO, Paulo. Gays e lésbicas obtêm vitória histórica. O Estado de São Paulo. <http://www.estado.com.br/jornal/96/05/21>.

VEYNE, Paul. A Homossexualidade em Roma. In: VVAA - Sexualidades Ocidentais. ARIÉS, Philippe e BÉJIN, André. (org.). São Paulo: Brasiliense, 1985.

PROJETO DE LEI n.º 1.151-A, de 1995.

De autoria da Deputada Marta Suplicy
Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento de sua união civil, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos

demais regulados nesta Lei.

Art. 2.º A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1.º Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais do Registro Civil exibindo:

I- prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II- prova de capacidade civil plena;

III- instrumento público de contrato de união civil.

Parágrafo 2.º O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3.º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º . Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

Parágrafo 2º . O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art.6º. A sentença que extinguir a união civil conterá a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º . O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do art. 2º.

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º. Alteram-se os artigos da Lei Nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as Seguintes redações:

"Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: (...)

IX - os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º . Serão averbados:

(..)

g) a sentença que declarar a extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(..)

III - B - Auxiliar _ de registro de casamento religiosos para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamentos e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguintes redação:

"Art. 16. (...)

Parágrafo 3.º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º. Do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

Art. 17 (...)

Parágrafo 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único: Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoas do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº. 8.971, de 28 de dezembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheiro ou companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

SUBSTITUTIVO OFERECIDO PELO RELATOR DO PROJETO DEP. ROBERTO JEFFERSON.

Disciplina a parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º . É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria registrada, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º . a parceria registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 1º . Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;

II - prova de capacidade civil;

III - instrumento público do contrato de parceria.

Parágrafo 2º . O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria registrada.

Art. 3º . O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo 1º . Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Parágrafo 2º . São vetadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º . A extinção da parceria registrada ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º . Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º . A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º . É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao parágrafo 2º do art. 2º desta lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art.299 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art.8º alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as Seguintes redações:

"Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

(...)

IX - os contratos de parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo. Parágrafo 1º Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

VII - E - de registro de contratos de parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo que

versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo, Quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro".

Art. 9º. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I - o parceiro sobrevivente terá direito, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da Quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste;

II - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV - se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14 . O art. 454 da Lei 3.071, de 0 de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de parágrafo 3º, com a redação que se segue, passando o atual parágrafo 4º:

"Art. 454.....

Parágrafo 1º

Parágrafo 2º

Parágrafo 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela

Parágrafo 4º

Art. 15. O art. 113 da a Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113 (...)

VI- Ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira".

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art.17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

SUBSTITUTIVO ADOTADO PELA COMISSÃO PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995

Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante escritura pública respectivo registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que Segue.

Parágrafo 1º . Os interessados comparecerão perante os Oficiais de registro, apresentando os seguintes documentos:

I - declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;

II - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;

III - instrumento público do contrato de parceria civil.

Parágrafo 2º . Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Parágrafo 3º . O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na

vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º . O contrato de parceria civil registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos obrigações mútuas.

Parágrafo 1º . Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Parágrafo 2º. São vetadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria civil registrada ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial;

III - de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º . Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria civil registrada:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Art. 6º. A sentença que homologar ou decretar a extinção da parceria civil registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º É nulo de pleno direito o contrato de civil parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao parágrafo 2º do art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art.299 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º . Alteram-se os artigos 29, 33 e 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

(...)

IX - os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo 1º. Serão averbados :

(...)

g) a sentença que homologar ou decretar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

VII - E - de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro".

Art. 9º . O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria civil implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art.11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I - o parceiro sobrevivente terá direito, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da Quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste;

II - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV - se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de parágrafo 3º, com a redação que se segue, passando o atual parágrafo 3º a parágrafo 4º:

"Art. 454.....

CIÊNCIA POLÍTICA E TEORIA GERAL DO ESTADO: REALIDADES INCONFUNDÍVEIS

Ricardo Rodrigues Gama*

1. INTRODUÇÃO

A Ciência Política vem sendo tomada como ramificação embaraçosa do conhecimento humano, isso porque não se conseguiria separá-la totalmente da Teoria Geral do Estado, com quem mantém laços estreitos¹.

Nas diversas áreas do conhecimento, muitas afinidades entre elas são registráveis, deixando claro que o relacionamento tais as áreas constitui algo normal. Nesse diapasão, a proximidade da Ciência Política da Teoria Geral do Estado confunde os menos atentos e instiga os estudiosos a desvendar as contenções de cada um desses importantes ramos do conhecimento.

É comum a promessa de estudos dos dois ramos numa única disciplina, indicando um tamanho equívoco, cuja correção não se apresenta possível em qualquer ilação². Mas, o melhor de tudo consiste na possibilidade de ensinar Ciência Política e habilitar o acadêmico para o entendimento de vários fenômenos complexos que envolvem o estado e o poder que o norteia, ademais, proporcionar a ele a condição dele mesmo elaborar seus comentários e suas críticas sobre tais assuntos.

O espírito crítico e combativo é próprio do homem, precisando ele ser alimentado com conteúdos políticos para acertar seus comentários e amadurecer as suas críticas.

2. REALIDADES DISTINTAS

Entre a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado, ainda que haja muito esforço despendido, a ligação não é tão forte que não permita a visualização de cada qual em separado.

Em princípio, sem qualquer tipo de reserva, há possibilidade de a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado serem estudadas em qualquer curso sem se-

* Professor da FADIPA, Advogado e Mestre pela PUCAMP

¹ Temistocles Brandão Cavalcanti, Teoria do Estado, pp. 39-40.

² Celso Ribeiro Bastos, Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, pp. 2-3; José Geraldo Brito Filomeno, Manual de Teoria do Estado e Ciência Política, pp. 17-22.

rem confundidas. Ainda, sem radicalismo excessivo, é bom frisar que a separação das matérias não deve ser rígida a ponto de tolher a idéia de conjunto presente nessas duas disciplinas que tratam de vários aspectos relativos ao estado.

Na Ciência Política, com bastante precisão, estuda-se o poder e as questões que o circulam. E, considerando o ente que exerce o poder, conclui-se que este nada mais é do que o estado institucionalizado. Embora possa parecer, o poder não pode ser confundido com o estado, isso porque o estado incorpora o poder mas com ele não funde³. A institucionalização do poder significa que o estado exerce o poder depois de nele ser investido.

Na Teoria Geral do Estado, o ente estatal sofre vários tipos de estudos, todos eles voltados a unificar as suas manifestações numa teoria. Não que seja estudado o poder na Teoria Geral do Estado, pois, concebe-se ele somente nas formas que ele se expressa. Registre-se que não há uma preocupação central em pesquisar o poder nos seus diversos quadrantes, mas apenas tratar da estrutura e organização do estado.

Deveras, alguns doutrinadores, como Francisco Porrúa Pérez⁴, encartam a Teoria Geral do Estado como espécie da Ciência Política lato sensu. Esclarecendo essa forma de pensar, a Ciência Política desdobrar-se-ia em sentido amplo (TGE) e em sentido estrito, trataria da Ciência Política. Em sentido amplo, ela comportaria a Teoria Geral do Estado e sua forma em sentido estrito. Evidentemente, para desfazer as confusões celebradas em torno das duas formas de abordar alguns fenômenos estatais, essa classificação deve ser abandonada.

As relações da Ciência Política para se suprir de informações é mais ampla devido a sua necessidade de apresentar soluções para problemas que estão aflorando no meio político.

3. DENOMINAÇÕES

A Teoria Geral do Estado e a Ciência Política eram compreendidas no chamado Direito Público Geral, ou apenas Direito Público.

Nas várias línguas em que a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado podem ser expressas, as suas denominações apresentam-se confusas, pois a primeira pode ser empregada com o sentido da segunda, como se dá em italiano (*scienza politica*), em inglês (*political science*). E o motivo de tudo isso está na origem da palavra, pois o vocábulo ciência quer dizer tudo o que concerne ao estado.

A Alemanha trabalha precisamente com a Teoria Geral do Estado. E é importante acentuar que o vocábulo geral antes do estado está aí para acentuar que não se trata de um único estado, mas de uma teoria de todos os estados.

³ Diversamente, Bonifácio de Andrada entende que *aliás, poder e estado são a mesma coisa* (Ciência Política: Ciência do Poder, p. 9).

⁴ *Teoria del Estado*, p. 35.

4. DIFERENÇAS

A proximidade entre a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado não sinaliza em favor da identificação desses dois ramos do conhecimento e são as diferenças que vão demarcar os campos de atuação de cada qual. Deveras, são muitas as dessemelhanças entre elas e, por isso, melhor será enumerá-las:

a) a Ciência Política é mais abrangente e, por conseguinte, a Teoria Geral do Estado comporta somente a generalização sem tecer detalhes particulares de cada estado e oferecer soluções⁵. Mas isso não importa considerar que a Teoria Geral do Direito esteja contida na Ciência Política, como querem alguns doutrinadores⁶;

b) a Ciência Política trata dos fenômenos políticos. Há muitas ocorrências na esfera estatal, todavia, a Ciência Política só se interessa pelo fato político, qual seja, aquele ligado ao poder⁷. Assim, ao contrário da Teoria Geral do Estado que só trata de generalizar, a Ciência Política mostra-se mais dinâmica;

c) a Ciência Política apresenta-se com uma abordagem mais concreta⁸ por contar com três fase: analítica, reflexiva e conclusiva; ao contrário, na Teoria Geral do Estado, o estudo de vários estados leva a generalização, tornando o trato com os assuntos mais abstrata;

d) a Ciência Política serve subsídios à Teoria Geral do Estado e isso se dá por ser esta última genérica. Para atuar na generalização de dados, necessita-se partir de informações bem detalhadas, as quais são oferecidas pela Ciência Política;

e) na busca de subsídios, a Ciência Política supera a Teoria Geral do Estado em profundidade, promovendo suas captações na Economia Política, Psicologia social, na Antropologia, na Geografia...

f) a incursão da Ciência Política no Direito é muito mais ampla do que a realizada pela Teoria Geral do Estado, cuja busca de dados limita-se a parte dos ramos do direito público. Já a Ciência Política é bem diferente, pois ocupa-se todos os ramos do direito público, não deixando de fora os do direito privado;

g) a Ciência Política trabalha com problemas concretos do estado, partindo para a sua solução depois de inúmeras considerações. Do lado oposto está a Teoria Geral do Estado, a qual nem sequer veicula problemas do estado e suas instituições, restringindo-se à reuni-las, quando muito faz.

Por derradeiro, cumpre registrar que as atitudes dos estudiosos das duas áreas são bem diferentes. Enquanto o cientista político busca um remédio para o

⁵ Celso Ribeiro Bastos, Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, p. 3.

⁶ Conforme Bonifácio de Andrada, *na realidade, a Ciência Política engloba a Teoria do Estado, visto que é um dos seus capítulos*(Ciência Política: Ciência do Poder, p. 15). Não podemos concordar com esse posicionamento, pois o fato de a Ciência Política ser mais ampla, valendo-se dos conhecimentos de outras áreas e até da Teoria Geral do Estado, não autoriza incluir um ramo do conhecimento noutro, considerados aqui os objetivos e princípios diversos que os regem.

⁷ Darcy Azambuja, Introdução à Ciência Política, pp. 5-6.

⁸ Darcy Azambuja, Introdução à Ciência Política, p. 7.

mal que aflige o estado ou sua instituição, o estatólogo limita-se a registrar a ocorrência e juntá-lo aos outros de mesma espécie.

5. RELAÇÕES

Em termos de relacionamentos, não se pode negar a existência de relações entre a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado, as quais se dão até numa intensidade considerável.

As relações entre a Ciência Política e Teoria Geral do Estado são internas por serem comuns os assuntos versados nesses dois ramos do conhecimento. Como na Ciência Política os estudos são voltados para a prática, as informações colhidas são repassadas à Teoria Geral do Estado. Do mesmo modo, as informações generalizadas podem ser trazidas para a Ciência Política, extraindo-se conteúdo da Teoria Geral do Estado.

Após a constatação do problema, sua análise detalhada, parte-se para a reflexão na busca de soluções. Na fase reflexiva, a Ciência Política vai buscar as soluções adotadas por outros estados e suas respectivas conseqüências na Teoria Geral do Estado, cuja dedicação restringe-se ao acúmulo de dados. Deparando-se com a solução de outro estado, o cientista político pode não adotá-la; após considerar alguns dados morais, consuetudinários ou normativos, o estudioso pode constatar conseqüências danosas para o estado que reclama a solução e, fazendo considerações, optar por outra saída. A intimidade das relações entre a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado é tamanha que muitos doutrinadores brasileiros pensam que tratam das duas áreas do conhecimento num único manual, isso quando oferecem tratamento à matérias comuns.

O distanciamento das duas áreas fica bem clara com a constatação de inexistência de questão a ser analisada na Teoria Geral do Estado, o que não se dá na Ciência Política, a qual estará sempre em busca de soluções para os problemas do estado e de suas instituições.

6. ESTUDOS POLÍTICOS

A Ciência Política e a Teoria Geral do Estado contam com informações fornecidas por várias áreas do conhecimento humano, como o Direito, a Filosofia e a Sociologia. Daí a Ciência Política ser tomada como ramificação do Direito, da Filosofia ou da Sociologia. É preciso exaltar aqui a importância do conteúdo da Ciência Política nas diversas áreas do conhecimento.

Numa abstração sem precedentes, se separarmos alguns ramos do conhecimento que tratam do estudo de questões do estado, teríamos o seguinte quadro:

a) Direito Público: nos seus diversos quadrantes, o Direito Público trata de questões afetas ao estado. Cabe aqui acentuar que a estrutura e a organização do estado fica por conta do ordenamento jurídico; no caso do Brasil, são a Constitui-

ção Federal e a legislação federal que tratam desses aspectos. E assim, esse ramo do Direito goza de especial atenção pela Ciência Política e pela Teoria Geral do Estado. Estas ramificações do saber relacionam-se com o direito constitucional, o direito administrativo, o direito sindical... Evidentemente, tal relacionamento não se faz somente com o sistema jurídico de um único estado num determinado momento, mas com vários sistemas e em todos os tempos.

b) Teoria Geral do Estado: o interesse em estudar os assuntos ligados ao estado interessa ao Direito, à Filosofia, à Sociologia, à Economia, à História..., nos quais se dá a arrecadação das informações a serem combinadas numa generalização.

c) Ciência Política: utiliza-se aqui de vários ramos do conhecimento para a explicação de fatos políticos e o oferecimento de soluções para eles. Dada sua dinamicidade, a Ciência Política trabalha com informações e conteúdos do Direito, da Filosofia, da Sociologia, da Economia, da História...

d) História Política: este ramo da História muito contribui para o entendimento de diversos momentos vivenciados pelos mais diversos estados, bem como as idéias veiculadas pelos pensadores de todos os tempos. Assim, a História Política divide-se em História dos Fatos Políticos e Histórias das Idéias Políticas.

e) Filosofia Política: os conhecimentos filosóficos são aplicados na política, dessa forma, os pensamentos filosóficos rompem todas as barreiras quando se trata de estudos sobre o estado, não podendo ficar de fora as idéias dos seus grandes pensadores.

A Filosofia Política desdobra-se em Teoria Geral do Conhecimento Político, Ontologia Política, Ética Política e Axiologia Política. Na Teoria Geral do Conhecimento Político, de forma crítica e profunda, a política passa a ser analisada. A Ontologia versa sobre a essência da política, permitindo o conhecimento de suas entranhas; aqui a política é tomada como um ser. A Ética Política trata da moral no fato político. A Axiologia estuda os fatos políticos sob uma ótica valorativa.

f) Sociologia Política: o estado sempre está envolto por acontecimentos sociais, sejam relacionamentos pessoais ou entre grupos, que, quando for de grandes dimensões, o influencia sobremaneira.

E a explicação da coexistência dos vários ramos do conhecimento que estudam o estado é somente uma, qual seja, o fato de ele não poder ser compreendido somente como decorrência de vontade de um grupo de pessoas, do complexo de normas ou de um conjunto de idéias. Sob outro prisma, não se pode conceber o estudo do estado de forma estanque em cada um dos ramos que por ele se interessam, fazendo-se necessária a utilização das informações em prol de seu melhor entendimento. Por fim, é de se concluir que as acepções diferentes desse único ser, que é o estado, permitem que ele seja estudado nas várias áreas do conhecimento humano, sem que isso importe na imposição de um divisor rigoroso com as matérias a ele afetas.

7. CONCLUSÃO

A Ciência Política começou desacreditada⁹, como sói acontecer com todos os destacamentos do conhecimento humano, que buscam sobressair e demonstrar que necessitam de atenção especial para se desenvolver.

No momento hodierno, como bem despontam os ideais dos estudiosos dedicados à Ciência Política, esta área do conhecimento tem vigor suficiente para empregar as informações que recebe de outras regiões do saber e apresentar o seu fruto cognitivo puro, cercado de originalidade.

Avançando um pouco mais, concluir-se-á que a Ciência Política não tem autonomia somente com relação à Teoria Geral do Estado, mas com todos os demais ramos do conhecimento; e em bases simplistas, apesar de não poder ser considerada como ciência estanque (auto-suficiente), como costuma acontecer com a maioria das áreas do conhecimento, a Ciência Política não está contida na Sociologia ou na Filosofia.

Por derradeiro, muitas fendas permitem que as informações de outra áreas invada a Ciência Política e, ao revés, os dados e conclusões da Ciência Política são fornecidos à elas também, numa eterna rede de auxílio que jamais poderiam transformar coisas distintas numa única.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDROV, N. G. Teoria del Estado y del Derecho. Trad. A. Fierro, México: ed. Grijalbo, 1966.
- ANDRADA, Bonifácio de. Ciência Política: Ciência do Poder. São Paulo: LTR, 1997.
- AZAMBUJA, Darcy. Introdução à Ciência Política. 5ª ed., Rio de Janeiro: ed. Globo, 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 4ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 1999.
- BLUNTSCHLI, M. La Politique. Trad. por M. Armand de Riedmatten, Paris: ed. Guillaumin, 1879.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: ed. Almedina, 1993.

⁹ Nelson de Souza Sampaio, Prólogo à Teoria do Estado: Ideologia e Ciência

- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Teoria do Estado. 3ª ed., São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- CONSTANT, Benjamin. Cour de Politique Constitutionnelle. 10ª ed., Paris: ed. Guillaumin, 1872.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2001.
- DUGUIT, León. La Transformación del Estado. Trad. Adolfo Posada, Madrid: ed. Francisco Beltrán, 1922.
- FENEDA, Rubens. Política à Luz da Doutrina Social Cristã. 2ª ed., São Paulo: ed. LTR, 2001.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política. 4ª ed., Rio de Janeiro: ed. Forense Universitária, 2000.
- JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Trad. por Fernando de los Rios, Buenos Aires: ed. Albatros, 1954.
- KELSEN, Hans. Teoria General del Estado. México: ed. Nacional, 1972.
- KERÍMOV, D. Teoría General del Estado y el Derecho: Matéria, Estructura e Funciones. Moscou: ed. Progreso, 1981.
- MONCADA, L. Cabral de. Filosofia do Direito e do Estado. Coimbra: ed. Coimbra, 1965.
- NOGUEIRA, Ataliba. Lições de Teoria Geral do Estado. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1969.
- PEREZ, Francisco Porrúa. Teoria del Estado. México: ed. Porrúa, 1979.
- POGGI, Alfredo. Il Concetto del Diritto e dello Stato nella Filosofia Giuridica Italiana Contemporanea. Padova: ed. Dott. Milani, 1933.
- PINTO, Roberto Bueno. Manual de Ciência Política. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2001.

- RAMOS, Dircêo Torrecillas. O Federalismo Assimétrico. São Paulo: ed. Plêiade, 1998.
- SALVETTI NETO, Pedro. Teoria Geral do Estado. 2ª ed., ed. Saraiva: São Paulo,
- VECCHIO, Giorgio del. Lições de Filosofia do Direito. 2ª ed., trad. Antônio José Brandão, Coimbra, 1951.
- VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. Traité Général de L'Etat: Essai d'une Théorie Réaliste de Droit Politique. Paris: ed. Recueil Sirey, 1929.
- WEISBERG, Herbert F. Political Science: the Science of Politics. New York: ed. Agathon, 1986.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CÓDIGO PENAL DE 1940. A IMPORTÂNCIA DE ALCÂNTARA MACHADO.

Alexis Augusto Couto De Brito*

1. O CENÁRIO POLÍTICO E O PAPEL DE ALCÂNTARA MACHADO.

O Direito Penal no Brasil acompanha a sua história política. Assim, torna-se imprescindível um breve retrato dos acontecimentos políticos que decidiram o rumo da nossa legislação.

O movimento político-militar que determinou o fim da Primeira República (1889-1930) originou-se da união entre os políticos e tenentes que foram derrotados nas eleições de 1930 e decidiram pôr fim ao sistema oligárquico através das armas. Após dois meses de articulações políticas nas principais capitais do país e de preparativos militares, o movimento eclodiu simultaneamente no Rio Grande do Sul e Minas Gerais, na tarde do dia **3 de outubro de 1930**. Em menos de um mês, a revolução já era vitoriosa em quase todo o país, restando apenas São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Pará ainda sob controle do governo federal. Finalmente, um grupo de militares exigiu a renúncia do presidente WASHINGTON LUÍS e pouco depois entregou o poder a GETÚLIO VARGAS.

Em 1932, as elites paulistas deflagram a Revolução Constitucionalista contra o governo federal. Uma frente entre o Partido Republicano Paulista, derrotado pela Revolução de 30, e o Partido Democrático lança a campanha pela imediata convocação de uma Assembléia Constituinte e o fim das intervenções nos Estados. O movimento tem o apoio da classe média. Manifestações e comícios multiplicam-se na capital, dos quais fazia parte ALCÂNTARA MACHADO. Em um deles, ocorrido no dia **23 de maio de 1932**, os manifestantes entram em conflito com o chefe de polícia MIGUEL COSTA e quatro estudantes são mortos: **EUCLIDES BUENO MIRAGAIA, MÁRIO MARTINS DE ALMEIDA, DRÁUSIO MARCONDES DE SOUZA e ANTÔNIO AMÉRICO CAMARGO DE ANDRADE**. Com as iniciais de seus nomes é composta a sigla **MMDC** (Miragaia, Martins, Dráusio e Camargo), assumida como emblema do movimento rebelde. Em **9 de julho de 1932** eclode a luta armada. As forças paulistas, comandadas pelo general ISIDORO DIAS LOPES, ficam isoladas; não recebem ajuda dos outros Estados e a Marinha bloqueia o

* Delegado de Polícia. Mestrando em Direito Penal pela PUC; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da UNICAPITAL-SP

porto de Santos impedindo-as de comprar armas no exterior. Os paulistas se rendem em **3 de outubro de 1932**, depois de quase três meses de luta.

Embora vencido pela esmagadora superioridade militar da União, São Paulo obteve, sem dúvida, mais cedo do que fora de esperar, o triunfo de sua causa. O ato de desafio coagiu o Governo a convocar a tão procrastinada Assembléia Nacional Constituinte. Preparou-se, desse modo, o fim da arbitrariedade e deram-se os primeiros passos para a elaboração da Carta Constitucional de 1934. Com a dissolução do Governo Provisório, uma nova República - a segunda de nossa História - teve seu princípio.

No período seguinte, VARGAS emitiu dois sinais claros de que estava disposto a uma nova composição política com São Paulo: nomeou interventor o paulista e civil ARMANDO SALES DE OLIVEIRA (**agosto de 1933**) e adotou medidas que permitiram a renegociação das dívidas dos agricultores em crise.

No governo de ARMANDO SALES, as elites políticas paulistas procuraram se reorganizar. O novo interventor teve um papel decisivo nesse processo, reconstruindo o aparelho administrativo paulista, destroçado após anos de instabilidade política. Após a derrota da Revolução de 1932, São Paulo sentiu a necessidade de formar uma nova elite capaz de contribuir para o aperfeiçoamento do governo e a melhoria do país. Com esse objetivo, um grupo de empresários fundou a **Escola Livre de Sociologia e Política (ELSP)**, em 1933, e o interventor ARMANDO SALES criou a **Universidade de São Paulo (USP)**, em 1934. Em pouco tempo esta entidade se tornaria responsável pela formação de uma nova elite político-intelectual destinada a influir no futuro do Estado e do país

A ELSP desejava formar elites administrativas para os novos tempos, marcados por uma atuação crescente do Estado, enquanto a USP pretendia preparar professores para as escolas secundárias e especialistas nas ciências básicas. A sociologia norte-americana constituiu o modelo da ELSP. Já o perfil da Faculdade de Filosofia da USP foi influenciado pelo mundo acadêmico francês.

Percebiam-se nítidos sinais de que GETÚLIO VARGAS pretendia definitivamente extirpar o episódio sangrento de 1932, utilizando a destacada figura paulista de ALCÂNTARA MACHADO¹.

Muito provavelmente a escolha do ícone paulista deu-se por ser ele um intelectual tradicional originário da região do país de maior desenvolvimento econômico e incomensurável peso político, o que poderia transformá-lo em excelente auxiliar do governo, no âmbito da mais respeitada corporação jurídica do país - a Faculdade de Direito de São Paulo².

Antes mesmo do convite para a elaboração do projeto de código penal, em 1931, FRANCISCO CAMPOS havia chamado ALCÂNTARA MACHADO para que

¹ Eliete Alves, Alcântara Machado, p. 02.

² Alcântara Machado, p. 85.

colaborasse na área federal através de um plano de reforma do ensino, e o nomeou Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo³.

Em outubro de 1934, o então Ministro da Justiça VICENTE RÃO, um dos que havia assinado o Manifesto do Partido Democrático de São Paulo rompendo com o Governo Provisório em **13 de janeiro de 1932**, convidou ALCÂNTARA MACHADO pra que elaborasse um Projeto de Código Penal para o Brasil, comunicando-lhe oficialmente o encargo:

“Tenho a honra de levar ao conhecimento de V. Ex. que o Governo Federal, empenhado em apressar a reforma de nosso código e leis penais, resolveu incumbi-lo da elaboração de um projeto, que, como é lícito esperar da alta e consagrada competência de V. Ex. , atualize e complete a nossa legislação sobre tão importante matéria. Certo de que V. Ex. não negará ao paiz e ao Governo mais esse relevante serviço, aproveito a oportunidade para lhe apresentar os meus mais cordiais cumprimentos. O ministro da Justiça e Negócios Interiores – (a) VICENTE RÃO”.

Deste convite não foi fornecida resposta imediata, pois se encontrava em apreciação um substitutivo ao projeto de SÁ PEREIRA, projeto apresentado pelo deputado ADOLFO BERGAMINI, em **13 de fevereiro de 1935**, e transformado no projeto 118-A de 14 de março⁵, encaminhado ao Senado Federal em 1937, onde, infelizmente, envelheceu diante do novo regime.

Renovado o convite pelo ministro da Justiça MACEDO SOARES, sucessor de VICENTE RÃO, a tarefa foi aceita, mas condicionada, pelo próprio ALCÂNTARA MACHADO, à participação de CANDIDO MOTA FILHO como seu auxiliar, este que já funcionava como assistente técnico da Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

Em **09 de dezembro de 1937**, com a mudança do regime político ocorrida há um mês pela instituição do “Estado Novo”, o então ministro da Justiça FRANCISCO CAMPOS confiou a ALCÂNTARA MACHADO, presidente da comissão de constituição e justiça do regime deposto (1937)⁶ e que, justamente por isto, havia participado dos estudos desenvolvidos ao projeto de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, a tarefa de reforma da legislação penal vigente.

³ Eliete Alves, op. cit, p. 06.

⁴ Alcântara Machado, Para a história da reforma penal brasileira, in: Direito, p. 12.

⁵ Assim se manifestou a comissão presidida pelo Deputado J. J. Seabra: “É da maior conveniência que o Poder Legislativo promova imediata reforma integral da legislação penal brasileira. Os trabalhos do saudoso jurista Sr. Virgílio de Sá Pereira, com as modificações aprovadas pelos Srs. Evaristo de Moraes e Mario Bulhões Pedreira, é o mais indicado para servir de base á mencionada reforma. A comissão de Constituição e Justiça manifesta-se favoravelmente á aprovação em 1a discussão do referido trabalho, feito projecto de lei pelo Sr. Adolpho Bergamini. Em discussão posterior, oportunidade indicada pelo Regimento Interno, deverão ser offerecidas emendas modificativas que os debates e o meditado estudo do assumpto revelarem ser necessárias ou convenientes”.

⁶ A comissão de constituição e justiça era formada por ARTHUR COSTA, CLODOMIR CARDOSO, EDGAR ARRUDA e PACHECO DE OLIVEIRA.

Tratava-se de uma encomenda federal não só a um dos maiores representantes da mentalidade paulista e partidário de WASHINGTON LUÍS - presidente deposto – mas a um dos tribunos do movimento constitucionalista de 1932, opositor ao regime de VARGAS.

2. OS PROJETOS DE REFORMA PENAL – 1927/1940

As críticas que se levantaram, sobretudo as realizadas na Conferência Brasileira de Criminologia; celebrada no Rio de Janeiro no ano de 1936, teriam diminuído as “*simpatias em volta do projeto*” de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA - de conteúdo arrojado e inovador, porquanto fortemente influenciado pelas idéias da Escola Positiva - e teriam justificado a elaboração de um novo trabalho⁷. Em vista destas críticas revestidas de exagerado espírito de censura e ao surgimento da “Nova Ordem” com a carta magna outorgada em 1937, ao invés de se revisar o projeto já existente e aprovado pela Câmara dos Deputados, ALCÂNTARA MACHADO, a pedido expresso⁸ do ministro da justiça FRANCISCO CAMPOS, preparou uma obra inteiramente nova⁹.

A Carta Política de 37, de cunho autoritário pois, até aquela época, a que mais concentrava poderes a um presidente, era obra intelectual do Ministro FRANCISCO CAMPOS. O novo texto magno de 1937, declarava em seu preâmbulo a existência de um “*estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente*”¹⁰. No corpo de seu texto o retorno da Pena de Morte para as infrações políticas e para o homicídio cometido futilmente e com requintes de perversidade (CF/37, art. 122, § 13), rol que foi posteriormente aumentado através da Lei Constitucional nº 1 de 16 de maio de 1938. Era necessária uma legislação penal que confirmasse a soberania estatal e reconhecesse o novo governo instituído.

Em **15 de maio de 1938**, ALCÂNTARA MACHADO apresentou um anteprojeto da parte geral, e em **11 de agosto** do mesmo ano apresentou o projeto completo, com 390 artigos e uma longa exposição de motivos, como a qualificou GALDINO SIQUEIRA¹¹. Nesta primeira versão poderiam ser notados, segundo RENE ARIEL DOTTI e LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, traços de afinidade com o projeto de código penal argentino elaborado por JORGE COHL e EUSEBIO GOMEZ¹².

⁷ Aníbal Bruno, Direito Penal, p. 182.

⁸ Nesse sentido, trecho da carta do ministro ao autor do projeto: “Meu prezado amigo dr. Alcântara Machado. Venho pedir-lhe que se encarregue da ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO PENAL, confirmando assim o propósito que pessoalmente lhe manifestei. (...)”. In: Direito, p. 13. (grifo no original)

⁹ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, p. 1058.

¹⁰ Adriano Campanhole, Todas as Constituições do Brasil, p. 297.

¹¹ Tratado de Direito Penal, p. 78.

¹² Curso de Direito Penal – Parte Geral, p. 197; Tratado de Derecho Penal, p. 1060.

O projeto de ANCÂNTARA MACHADO recebeu considerações de alguns autores internacionais. CARLO UMBERTO DEL POZZO, catedrático da Universidade de Turim, reconheceu as vantagens do projeto quanto à menoridade e às penas, à sistemática rigorosa e à simplicidade de redação, dignas de um verdadeiro código¹³. JULES SIMON, conselheiro da Corte de apelação de Bruxelas, conferiu ao projeto o título de *“brilhante prova dos progressos imensos realizados pelo direito penal e ciências criminológicas”*¹⁴. JOSÉ IURETA GOYENA, professor uruguaio e autor do Código Penal do seu país, ressaltou a preponderância da política criminal¹⁵. ENRICO ALTAVILLA concordou com a denominação “criminal” ao invés de “penal”, e elogiou o tratamento da teoria do crime, da consumação e das medidas de segurança¹⁶.

No cenário pátrio, vários foram os artigos publicados pelos criminalistas da época acerca do projeto e de seus preceitos, tanto para homenagem quanto para desprezo. Dentre outros, podem ser citados, CORREA DE ARAÚJO, ROBERTO LYRA¹⁷, COSTA E SILVA, JORGE SEVERIANO, JOSE PRUDENTE SIQUEIRA¹⁸, e NELSON HUNGRIA¹⁹.

Ainda, na visão de SALGADO MARTINS, depreende-se da leitura da exposição de motivos do projeto a consulta ao projeto FERRI de 1921 e aos códigos italiano (ROCCO) e dinamarquês, ambos de 1930, e ao suíço de 1937²⁰.

A primeiras manifestações eram abertamente de elogios. COSTA E SILVA apontou a patente superioridade de linguagem com relação ao projeto SÁ PEREIRA. O desembargador CORREA DE ARAUJO enalteceu o estilo firme, de linguagem simples e acessível às inteligências menos argutas. Outros louvores foram traçados por CARLOS XAVIER, MADUREIRA PINHO, MOTTA FILHO dentre outros juristas nacionais. Quanto às críticas negativas, o projetista as rebateu com elegância e sabedoria, à exceção das formuladas por NELSON HUNGRIA, das quais se percebe um tom de rispidez e ironia²¹. Certamente haveriam outras farpas trocadas entre os ilustres e brilhantes penalistas.

Segundo o próprio autor do projeto, passado algum tempo, surgiram alguns rumores acerca de uma comissão constituída para revisão do trabalho, o que foi oficialmente confirmado mais tarde. As análises do projeto foram revestidas, aparentemente sem explicação, de um sigilo absurdo: *“efetuavam-se as reuniões a*

¹³ O projeto de Código Criminal Brasileiro, p. 565. In: Revista Forense, v. LXXVII

¹⁴ O projeto do Código Criminal Brasileiro p. 268. In: Revista Forense, v. LXXX.

¹⁵ O novo projeto de Código Criminal Brasileiro do Prof. Machado, p. 270. In: Revista Forense, v. LXXX.

¹⁶ Um novo projeto de código criminal brasileiro, p. 260. In: Revista Forense, v. LXXX.

¹⁷ A pena de morte no ante-projeto de Código Penal Brasileiro, p. 341; A capacidade penal e o futuro Código, p. 563. In: Revista Forense, v. LXXXI.

¹⁸ O novo projeto de Código Criminal, p. 243 e ss; O projeto Alcântara Machado, p. 275; O problema da imputabilidade no Projeto Alcântara Machado, p. 276. In Revista Forense, v. LXXX.

¹⁹ Em torno do anteprojeto do Código Criminal, p.419. In Revista Forense, v. LXXVIII.

²⁰ Sistema de Direito Penal Brasileiro, p. 102.

²¹ Alcântara Machado, O projeto do Código Criminal perante a crítica, p.40. In Revista da Faculdade de Direito.

portas e janelas cerradas, como se o trabalho tendesse, não à repressão, mas à prática de crimes”, escreveu o projetista²². Em 1939 ALCÂNTARA MACHADO recebeu uma cópia do rebatizado **Código Penal do Brasil**, fruto da comissão revisora, o que o decepcionou e demoveu na intenção de continuar seus trabalhos. Contudo, em janeiro de 1940, o próprio presidente VARGAS, ao passar por São Paulo, incitou-o a prosseguir na tarefa.

Após algumas revisões, especialmente quanto à pena de morte e alguns dispositivos da parte especial²³, em **12 de abril de 1940** foi por ele entregue uma nova redação. A seguir, se não fossem pelas mínimas notícias veiculadas pela imprensa, teria permanecido na ignorância dos andamentos de uma segunda revisão.

Explica-se. A comissão revisora do projeto do Professor ALCÂNTARA MACHADO não se revestia de transparência e oficialidade, e portanto não se sabia ao certo quem a compunha e quantos eram seus membros, o que somente foi revelado com a publicação do novo estatuto e sua exposição de motivos assinada pelo Ministro da Justiça. Dela fizeram parte os magistrados NELSON HUNGRIA, VIEIRA BRAGA, NARCÉLIO DE QUEIROZ, além do membro do Ministério Público ROBERTO LYRA. Pra efeitos técnicos de redação final, os trabalhos foram amparados por ABGAR RENAULT²⁴. Embora FREDERICO MARQUES em sua obra afirme textualmente que COSTA E SILVA tenha composto a comissão nomeada e presidida pelo ministro CAMPOS, em nota de rodapé de sua obra *Comentários ao Código Penal* encontramos uma explicação, de punho próprio, da participação daquele a quem HUNGRIA chamava de “mestre” nos trabalhos de revisão e elaboração do código de 1940:

“ (...) A publicação de parte do projeto ALCÂNTARA (primitiva redação) deu lugar a que eu estampasse no *Jornal do Comércio*, do Rio, alguns reparos despercebidos pela leitura desse trabalho. Por motivo de somenos importância, resolvi não prosseguir na série de artigos, que iniciara. Limitei-me somente a dois. Nomeada a comissão revisora por intermédio de um de seus mais ilustres membros, manifestou-se o ministro CAMPOS o desejo de que eu continuasse a dar à publicidade os resultados do meu exame e dos meus estudos. O meu precário estado de saúde impediu-me de assumir um compromisso nesse sentido. Prontifiquei-me, porém, da melhor boa vontade, embora com sacrifício, a remeter constantemente à comissão tudo o que a leitura do projeto me sugerisse. Cumpri a promessa como pude. A comissão organizou um substitutivo, deixando mais ou menos de lado aquele projeto. Foi esse substitutivo que serviu de base aos trabalhos futuros.

Durante longos meses, quase quotidianamente, enviei à comissão meus subsídios. Tive a satisfação de ver que eles não foram inúteis. Não poucas idéias por mim expendidas encontraram feliz acolhimento. Das que não tiveram essa

²² Para a história da reforma penal brasileira, p. 25.

²³ Conforme se lê na introdução à Nova Redação do Projeto do Código Criminal Brasileiro.

²⁴ René Ariel Dotti, Curso de Direito Penal, Parte Geral, p. 200.

sorte, uma sobretudo daria ao Código feição ainda mais moderna e adiantada, se houvesse sido consagrada – a do repúdio a toda responsabilidade criminal sem culpa. A comissão apavorou-se com as conseqüências práticas da inovação. Sem bons motivos. (...)²⁵.

Para GALDINO SIQUEIRA, a exposição de motivos não explicou o porque da não publicação do novo projeto para a ciência da nação, elaborado em completo sigilo (não se publicaram atas dos encontros), e sem a participação do próprio autor do projeto anterior, o professor paulista ALCÂNTARA MACHADO²⁶.

O projeto definitivo foi entregue pela comissão revisora em **4 de novembro de 1940** e sancionado em **7 de dezembro** do mesmo ano, pelo decreto-lei 2.848, entrando em vigor em **1º de janeiro de 1942**.

3. O ALICERCE DO NOVO CÓDIGO – A AUTORIA

Nos primeiros momentos de vida do novo código, ocorridos no Tribunal de Apelação do Distrito Federal onde se deu sua promulgação pelo presidente GETÚLIO VARGAS, após o discurso do ministro FRANCISCO CAMPOS, os membros da comissão realizaram uma entrevista coletiva. Alguns deles ainda concederam entrevistas solo.

NARCÉLIO DE QUEIROZ reconheceu, como ponto de partida, o projeto ANCÂNTARA²⁷.

NELSON HUNGRIA, em entrevista concedida ao jornal “A noite”, reconheceu que o estatuto promulgado “*teve por base os projetos de SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO*”. E continuou: “*é inegável que o Novo Código se ressentiu, a cada passo, da influência dos trabalhos de SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO. O que reivindicamos para nós, da Comissão Revisora, é, principalmente, a singeleza de linhas do novo Código, a acessibilidade de seus critérios, o seu curso evolutivo sem desarrajo radical do nosso direito penal vigente*”²⁸.

Posteriormente, o mesmo NELSON HUNGRIA, em uma conferência proferida na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, retomou o assunto da “paternidade” do projeto definitivo que originou o código de 1940. Segundo sua postura, o código sancionado não se trata de uma simples revisão do trabalho de ALCÂNTARA MACHADO e nem de um trabalho absolutamente diverso. Afirmou que “*o projeto ALCÂNTARA MACHADO está para o atual Código Penal como o Projeto Clóvis Beviláqua está para o Código Civil*”. Contudo, apesar de reconhecer que a espinha dorsal do código sancionado tenha sido o projeto do ilustre professor do Largo São

²⁵ A.J.da Costa e Silva, Comentários ao Código Penal, p. 10.

²⁶ Tratado de Direito Penal, p. 80.

²⁷ Revista Forense, v. LXXXV, p. 212.

²⁸ Revista Forense, v. LXXXV, p. 213.

Francisco, não admite o que LEONÍDIO RIBEIRO definiu na época como “*simples cópia com alterações mesquinhas do projeto revisto*”. E em um de seus raros acessos de modéstia, afirma que seu único mérito a ser reconhecido é o de vigilante e servidor das idéias do insigne COSTA E SILVA.

4. O FASTIO AO PROJETO ALCÂNTARA MACHADO

À primeira vista poderia ter causado estranheza a não aprovação do projeto apresentado por ALCÂNTARA MACHADO, escolhido pelo próprio governo para a tarefa, e considerando-se que seu texto rigoroso atendia em muito mais as necessidades do regime de exceção. Um dos motivos ventilados seria o panorama econômico mundial, e a forte influência americana que exigia posturas liberalizantes. Por outro lado, a não aceitação do projeto poderia estar ligada ao fato de ALCÂNTARA MACHADO ser representante da mentalidade paulista, o que não se cooptava com o presidente GETULIO VARGAS. Assim, percebendo que seu esforço de reconciliação com São Paulo jamais seria atingido, em uma astuta cartada, nomeou uma comissão para “reforçar” os trabalhos de ALCÂNTARA, ao invés de destituí-lo de seu labor e alimentar ainda mais os rancores.

O substitutivo, apresentado pela comissão e que ao final foi aprovado, mantinha correntes mais liberalizantes, nada mais do que reluzente falácia, já que se encontrava em vigor a lei de Segurança Nacional e o Tribunal de Segurança Nacional, ambos garantidores dos interesses do regime ditatorial.

Pareceu inquestionável a amargura de ALCÂNTARA MACHADO com a pouca promoção dada pelo ministro FRANCISCO CAMPOS à autoria do código novel, após três anos de infatigável dedicação aos trabalhos jurídicos. Chega-se a apontar este fato, somado à perda prematura de seu filho ANTÔNIO DE ALCÂNTARA MACHADO (aos 34 anos de idade, vítima de uma infecção pós-operatória em 1935) como os motivos mais desencadeantes dos dias tristes que antecederam o final de sua vida.

5. O RESULTADO FINAL

COSTA E SILVA afirma que entre o código publicado e o projeto de ALCÂNTARA MACHADO existiam pontos de semelhança, devendo-se ao fato de ambos terem se inspirado nos modelos italiano e suíço. Contudo afirma que o projeto apresentado pela comissão possui mais originalidade e técnica mais apurada. Também é a opinião de BASILEU GARCIA que apesar de notável a “*larga e preciosa contribuição do Professor ALCÂNTARA MACHADO*” são reconhecidas muitas mudanças substanciais feitas pela comissão revisora. E GALDINO SIQUEIRA o qualificou não como apenas uma revisão, mas de um “*outro projeto*”.

O projeto final, segundo NELSON HUNGRIA, também utilizou pontos específicos dos códigos suíço, dinamarquês e polonês, além do projeto anteriormente ofertado por VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA.

No 2º Congresso Latino Americano de Criminologia de Santiago do Chile realizado em 1941, 19 países americanos conferiram ao novo Código Penal Brasileiro de 1940 um destaque de notável progresso jurídico por sua estrutura, técnica e avançadas instituições²⁹. Dele foram feitas, à época, traduções aos idiomas francês, espanhol e alemão. Não passou despercebida, porém, a ausência de reconhecimento e citação de ALCÂNTARA MACHADO como um de seus criadores. A réplica partiu de NELSON HUNGRIA, que alegou ter sido a omissão motivada pelo receio que aquele, que não se conformava com o trabalho de revisão cuja elaboração permaneceu alheio, rejeitasse publicamente a homenagem dos congressistas reunidos no Chile, colocando os enviados brasileiros em “*situação de invencível constrangimento*”³⁰.

Ao final do evento, o estatuto aprovado foi alvo de francos elogios. JIMÉNEZ DE ASÚA elogiou a solução dada ao problema da imputabilidade. SEBATIÁN SOLER fez apologia à precisão técnica da redação. MOLINARI deu apoio ao novo sistema de aplicação das penas. O congresso fez ainda um voto de congratulações pelo advento do novo código³¹.

Ao iniciar os trabalhos da Conferência da Faculdade de Direito de São Paulo (1942) para debates sobre o novo código, da qual participaram os ilustres juristas NOÉ AZEVEDO, ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, A. PACHECO E SILVA, BASILEU GARCIA, FLAMÍNIO FÁVERO, JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA e ATALIBA NOGUEIRA, O Secretário de Justiça do Estado ABERLARDO VERGUEIRO CÉSAR reconheceu em seu discurso de abertura a marca indelével de ALCÂNTARA MACHADO no projeto aprovado.

6. DADOS BIOGRÁFICOS

JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA, ou D’OLIVEIRA como apreciava ser chamado, nasceu em Piracicaba, interior de São Paulo em 19 de outubro de 1875. Filho de BRASÍLIO AUGUSTO MACHADO DE OLIVEIRA, escritor e singular professor de Direito Comercial, e de MARIA LEOPOLDINA SOUZA MACHADO DE OLIVEIRA. Orgulhava-se de ser “paulista de quatrocentos anos”, sendo descendente de ANTÔNIO DE OLIVEIRA, que aportou em São Vicente em 1532 na companhia de MARTIM AFONSO DE SOUZA.

²⁹ Nelson Hungria, *Novas questões jurídico-penais*, p. 31.

³⁰ *Novas questões jurídico-penais*, p. 30.

³¹ Entrevista concedida em 06/02/1941 por Nelson Hungria ao jornal *A noite*. In *Revista Forense*, v. LXXXV, p. 820.

Bacharelou-se em Ciências Jurídicas em 1893 e em Ciências Sociais em 1894, pela Faculdade de Direito de São Paulo. Iniciou no magistério aos 20 anos, em 1895, em um concurso célebre onde conquistou o lugar de lente substituto da sexta seção da Faculdade. Em 1915 assumiu, como professor substituto, a cadeira de Medicina Pública da Faculdade do Largo São Francisco, sendo que se tornaria catedrático de Medicina Legal em 1925, em substituição ao professor AMÂNCIO DE CARVALHO. Ocupou a vice-reitoria desta mesma faculdade de 1927 a 1930 e chegou a diretor pelas mãos de FRANCISCO CAMPOS em 1931, permanecendo até 1935, período em que realizou reformas no prédio.

Escapou de ser exilado em 1932, em consequência da derrota da Revolução Constitucionalista, em outubro do referido ano.

Percorreu ainda uma importante carreira política iniciada em 1911, quando foi conduzido a Câmara Municipal de Vereadores de São Paulo e participou concretamente de projetos tendentes à melhoria urbanística da cidade. Passando pelos cargos de deputado estadual em 1915, de Senador Estadual de 1924 a 1930 e de deputado participante da Assembléia Nacional Constituinte em 1933, ocupando enfim o cargo de Senador Federal pelo partido Constitucionalista em 1935/1937.

Participou da comissão estadual para elaboração do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, das reformas da assistência judiciária, da Justiça paulista e do Manicômio Judiciário.

Foi membro honorário do Instituto de Engenharia de São Paulo e pertenceu ao Conselho Penitenciário de São Paulo e à Comissão Organizadora de Reforma Federal do Ensino Superior. Fundador da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. Fundador e primeiro presidente da Faculdade Paulista de Filosofia e Letras. Foi ainda presidente do Conselho Superior da Escola Livre de Sociologia e Política de São Paulo (ELSP). Foi vice-presidente do Congresso de Ensino Jurídico de 1928 e presidente da seção paulista da Conferência de Neurologia, Psiquiatria e Medicina-Legal em 1930.

Membro da Academia Paulista de Letras, ocupou a cadeira de número 01 desde o ano de 1919, vindo a ser presidente desta instituição de 1931 até sua morte (1941). Ocupou ainda a cadeira de número 37 da Academia Brasileira de Letras, com a obra "*Vida e morte do Bandeirante*", da qual tomou posse em 20 de maio de 1933, e que, ironicamente, seria ocupada posteriormente por ocasião de sua morte por GETÚLIO VARGAS.

Faleceu em 1º de abril de 1941. Em 19 de maio de 1942 foi-lhe feita uma homenagem póstuma, com a entrega de um busto de bronze, afixado no primeiro andar, no corredor de acesso às dependências da diretoria da Faculdade de Direito. Em 12 de dezembro de 1949, em ato solene, foi colocado um retrato seu como patrono da sala que levou seu nome.

Seguindo os passos de seu pai e de seu avô, iniciou cedo a vida literária, fundando um periódico manuscrito intitulado *Rouxinol*. Quando acadêmico, colaborou com os pseudônimos de "Álvaro Alvares" e "Pero Peres" na revista *A Semana*.

Como resultado de seu trabalho científico e literário podem ser citadas as seguintes obras:

- “Do momento da formação dos contratos por correspondência”, 1894;
- “A embriaguez e a responsabilidade criminal”, 1894;
- “Ensaio Médico-Legal sobre o hipnotismo”, 1895;
- “A deformidade nas lesões pessoais”, 1901;
- “Suicídios na capital de São Paulo”, 1905;
- “Quatro discursos”, 1912;
- “Problemas municipais”, 1915;
- “Honorários médicos”, 1919;
- “As locuções”, 1921;
- “Vida e morte do bandeirante”, 1929;
- “O exame pericial no Direito Romano”, 1930;
- “O ensino da perícia”, 1930;
- “O ensino de Medicina Legal nas faculdades de Direito”, 1930;
- “Acção da bancada paulista ‘Por São Paulo Unido’ na Assembléa Constituinte. Programa da “Chapa Única” e a nova Constituição”, 1935;
- “Gonçalves de Magalhães ou o romântico arrependido”, 1936;
- “Brasílio Machado 1848-1919”, 1937;
- “Projecto do Código Criminal Brasileiro”, 1938;
- “Nova Redação do Projeto de Código Criminal do Brasil”, 1940;
- “Alocações acadêmicas”, 1941;
- “Para a história de reforma penal brasileira”, 1941.

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, Enrico. *Um novo projeto de código criminal brasileiro*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXX, 1939.

ALVES, Eliete. ***Alcântara Machado: um perfil do intelectual e político paulista e o projeto do Código Criminal Brasileiro (1937/42)***. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1989.

ARAÚJO, J. A. Correa. *A pena de morte no ante-projeto de Código Penal Brasileiro*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXI, 1940.

_____. *O projeto de Código Criminal do Brasil*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXVIII, 1939.

ASÚA, Luis Jiménez. ***Tratado de Derecho Penal***. Buenos Aires: Losada, 1950. t.1.

- BORGES, Vavy Pacheco. **Getúlio Vargas e a oligarquia paulista: história de uma esperança e de muitos desenganos através dos jornais da oligarquia, 1962-1932**. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- BRASIL. Projeto de lei N. 118 A, de 14 de março de 1935. Cria o Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil. **Imprensa Nacional**, Rio de Janeiro, 1935.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 2.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1971.
- Conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. **O novo Código Penal**. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 1942.
- COSTA E SILVA, Antônio José. **Comentários ao Código Penal**. 2.ed. São Paulo: Contasa, 1967. v.1.
- _____. *O novo projeto de Código Criminal*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXX, 1939.
- DUARTE, José. *O novo Código Penal*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXVII, 1941.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FRANCO, Ari de Azevedo. *O novo Código Penal Brasileiro*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXVII, 1941.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1980. v. 1, t. 1.
- GOYENA, José Iureta. *O novo projeto de Código Criminal Brasileiro do Prof. Machado*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXX, 1939.
- GUASTINI, Mário. **Alcântara Machado**. São Paulo: [s/n], 1941.
- HUNGRIA, Néilson. **A autoria intelectual do Código Penal de 1940**. In: Conferência pronunciada na faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, 1954, Rio de Janeiro.

- _____. *As causas de exclusão de pena e de crime no Projeto Revisto de novo Código Penal*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIII, 1940.
- _____. *Em torno do anteprojeto do Código Criminal*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXVII, 1938.
- _____. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958. v. 1. t. 1.
- _____. **Novas questões jurídico-penais** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.
- LYRA, Roberto. *A capacidade penal e o futuro código*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXI, 1940.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.
- MARTINS, José Salgado. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- MELLO NETO, José Joaquim Cardozo. *Alcântara Machado e o novo prédio*. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. XLVIII, 1953.
- Ministério da Educação e Cultura. **Revolução de outubro de 1930 e República Nova**. Rio de Janeiro: INL, 1965.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- OLIVEIRA, José de Alcântara Machado. *Para a história da reforma penal brasileira*. **Direito**, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 09-42, mar. 1941.
- _____. *O projeto do Código Criminal perante a crítica*. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. XXXV, fasc. I, 1939.
- _____. **Projeto do Código Criminal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- _____. **Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

- OTAVIO FILHO, Rodrigo. **Figuras do Império e da República**. Rio de Janeiro: Zelio Valverde, 1944.
- POZZO, Carlo Umberto. *O projeto de Código Criminal brasileiro*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXI, 1940.
- RESENDE, Astolfo. *O novo Código Penal*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXVII, 1941.
- SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. **O Brasil de Getúlio Vargas e a formação dos blocos, 1930-1942: o processo do envolvimento brasileiro na II Guerra Mundial**. São Paulo: Nacional/INL, 1985.
- SEVERIANO, José. *O projeto Alcântara Machado*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXX, 1939.
- SILVA, Helio. **1937: todos os golpes se parecem**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.
- SIMON, Jules. *O projeto do Código Criminal Brasileiro*. Transcrito da Revue de droit penal et de criminologie, Bruxelas. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. XXXV, fasc. II, 1939.
- SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. t. 1.
- SIQUEIRA, José Prudente. *O problema da imputabilidade no Projeto Alcântara Machado*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXX, 1939.
- SKIDMORE, Thomas E. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco 1930-1964**. São Paulo: Paz e Terra, 1975.
- SOARES, José Carlos de Macedo. **Três biografias**. São Paulo: Academia Paulista de Letras, 1955.

REFORMAS DO ESTADO: O Poder como Objetivo da Revolução e do Golpe de Estado

Carlos Eduardo Thomaz da Silva, Ph.D.*

Na sua seqüência histórica, um Estado pode sofrer alterações de continuidade quanto ao seu ordenamento jurídico e quanto à sua forma de governo, e por tal, passar por mudanças significativas. Neste texto, trataremos de dois tipos de reformas do Estado, ou seja a revolução e o golpe de Estado, apresentando uma breve explanação sobre as suas caracterizações. Em seguida, apresentaremos alguns exemplos de um e de outro, incluindo alguns diferenciais significativos entre os dois. Por fim, apresentaremos, em sentido de conclusão, uma avaliação geral de cada uma das mudanças apresentadas.

1. REVOLUÇÃO

Do ponto de vista jurídico, segundo Cattaneo (apud Dallari, 1998), "a revolução é o abatimento de uma ordenação jurídica e a instauração de outra nova, através de meio ilegal".

A revolução é um procedimento que, em geral, nasce dentro de grupos sociais que não pertencem ou não militam junto ao integrantes do Governo. Por estarem em desacordo com a ordenação jurídica vigente, ou por estarem descontentes com a situação atual do Estado, unem-se, e pouco a pouco, vão encontrando adeptos às suas idéias, passando a disseminar um sentimento de descontentamento, que eventualmente se torna generalizado. Em sentido geral, a revolução nasce do povo, caracterizando-se pela atuação militante de grupos dispersos ao longo do território do Estado, que se colocarão em oposição ao estado atual da ordenação jurídica. A revolução também se caracteriza pelo uso de algum tipo de violência, uma vez que se assume que quem detém o poder não o cederá pacificamente, e resistirá a entregá-lo aos revolucionários.

A revolução, nascendo do povo, tem que, pelo menos genericamente, retratar as aspirações de uma parcela significativa deste mesmo povo, para que o movimento revolucionário não seja exclusivo de uma minoria descontente e em desa-

* Psicólogo; Pós-Doutorado pela UCLA; Ph.D. e M.A. em Psicologia pela UC Irvine, USA; Pós-Graduação em Filosofia da Educação pela PUCAMP; Psicólogo pela PUCAMP; ex-Professor Titular de Psicologia de Graduação e de Pós-graduação em várias faculdades no Brasil, nos Estados Unidos da América, na Nova Zelândia e no México; Professor Titular de Psicologia, Supervisor Clínico e Diretor do Centro de Psicologia Aplicada da FAPPA - Jundiá; Psicólogo Clínico e Diretor do Instituto de Psicologia Médica de Campinas e do de Jundiá; Consultor na área de Recursos Humanos e Empresariais; Aluno do 3.º ano do Curso de Direito da FADIPA - Jundiá.

cordo com a ordem vigente. Portanto, as aspirações revolucionárias têm que encontrar respaldo em diversos grupos, e na medida de sua extensão, têm que atingir um número significativo de adeptos no povo. De dentro dos grupos revolucionários emergirá uma liderança, que, eventualmente, se bem sucedida em seu propósito, assumirá o poder, e instaurará uma nova ordenação jurídica.

Cada ideal revolucionário está, inequivocamente, ligado à uma insatisfação com a ordem atual, seja em que esfera for. Isto significa que, se bem sucedido o ato revolucionário, os líderes trarão propostas de rearranjo, que estarão na direção de promover a mudança da insatisfação para a satisfação pleiteada.

O poder constituído, quase que invariavelmente, resistirá aos revolucionários utilizando-se do aparelho do Estado a seu favor, obviamente lançando mão do poder de polícia e das atividades repressoras das forças armadas. Dito isto, fica evidente que os revolucionários, para poderem obter êxito em sua campanha, terão que enfrentar "de igual para igual" as forças que os contrapõem. Para tal, deverão armar-se e preparar-se não só bélica como taticamente para um enfrentamento das milícias do Estado. Razão pela qual a revolução se tornará, quase que invariavelmente, sangrenta.

Para uma análise mais detalhada das origens de um processo revolucionário, devemos analisar os fatores motivacionais inerentes ao referido processo, indo buscar, inequivocamente, informações e fatos que abonem algum tipo de descontentamento social. Neste sentido, temos o approach de Acquaviva (1994), que claramente aproxima a origem dos atos revolucionários aos contextos sociais vigentes. Para tal, Acquaviva (1994: 59) expressa-se conceituando que "o termo revolução denomina a mudança brusca e radical de convicções sociais". Uma vez que temos, como afirmado anteriormente, uma insatisfação, pelo menos em tese generalizada, por uma parcela significativa da sociedade, é de se esperar que esta insatisfação esteja estreitamente vinculada às convicções desta mesma sociedade. Quanto ao entendimento de que haverá uma mudança, fica a ressalva de que a resultante final do processo revolucionário, e a tomada do poder por parte dos líderes emergentes, refletirá, em parte significativa ou mesmo na sua totalidade, as aspirações do povo revolucionário. A legalização da revolução depende exclusivamente da tomada do poder e da instauração de um novo ordenamento jurídico. Porém, a legitimidade só será alcançada se e quando os novos detentores do poder puderem, de forma expressiva e significativamente visível, atender às aspirações da mesma sociedade, que revolucionariamente os colocou no poder. A forma proposta por Acquaviva (1994), afirmando que a mudança através do processo revolucionário é brusca e radical, é, tão somente, a resultante operacional do próprio processo em si, uma vez que se fossem mantidas as convicções sociais anteriormente em voga, esvaziar-se-ia o propósito de mudanças, razão originária de toda a intenção revolucionária. Brusca, por que tem no seu "momentun", a oportunidade singular para a obtenção dos resultados pretendidos de instauração de uma nova ordenação jurídica. Quanto à radicalidade proposta por Acquaviva, seguramente

dependerá dos anseios da sociedade, e da real necessidade de adequação dos sistemas que a mesma sociedade julgue inadequados ou insatisfatórios. As convicções sociais a que se refere Acquaviva podem ser de diversas naturezas, abrangendo as áreas "... econômica, jurídica, artística e até soi disant, sexual". (Acquaviva, 1994: 59) Como o próprio doutrinador sugere, de interesse maior para as Ciências Políticas está a mudança política. Nesta, através da subversão da ordem vigente, com a deposição ou afastamento dos governantes reacionários, se dará a criação de um novo ordenamento jurídico, com imposição de uma nova ideologia (aquela que norteou os princípios revolucionários).

Desta forma, quando bem sucedida a revolução, dependerão os novos governantes da efetivação da mudança assumida, tendo esta que, invariavelmente, ser aceita pela sociedade. Caso, como normalmente ocorre, existam atos de violência, é imprescindível que haja adesão das polícias e das forças armadas. A derrocada do antigo governo, através da revolução, provocará um sentimento do novo, representado pela mudança ideológica, mas nunca sem a concordância daqueles que detêm o poder repressivo. Desta forma, após a instauração da nova ordem, passarão aqueles a se submeter aos ditames do novo governante, passando então a defender o novo sistema vigente.

Se atentarmos para a parte reacionária dentro do processo revolucionário, verificaremos que, historicamente, os governantes, com precaução e receio de possíveis e eventuais revoluções, desenvolveram e realizaram o "aprimoramento ... dos órgãos nacionais de segurança para salvaguarda do status quo político e social" (Bonavides, 1972: 507). Isto significa dizer que os governantes se preparam para possíveis ataques contra a ordem jurídica vigente, que os permitiu serem detentores do poder. Do ponto de vista jurídico, tudo fazem e farão para impedir que haja a quebra do princípio da legalidade, e como ressalta Bonavides (1972), para poder impedir a tomada do poder, a implantação de uma nova ordem jurídica e o "... exercício de um poder constituinte originário" (Bonavides, 1972: 513) pelos revolucionários, caso estes triunfem. Do ponto de vista político podemos definir a revolução "... como a mudança ilegal da constituição" (Paul Schrecker apud Bonavides, 1972: 515). Neste sentido, a quebra ilegal dos valores atribuídos à constituição, representa a "mudança ilegal das condições de legalidade" (Bonavides, 1972: 515), no intuito de se criar uma nova constituição, e posteriormente legalizá-la através da reforma constitucional inerente ao processo revolucionário, proposta pelos novos detentores do poder.

2. GOLPE DE ESTADO

O golpe de Estado se caracteriza pela tomada do poder por indivíduos que, de alguma forma, já se constituem como autoridades dentro deste mesmo Estado. Diferentemente da revolução, o golpe de Estado não nasce do povo, e sim de autoridades já constituídas no Estado. Também, diferentemente da revolução, o

golpe de Estado apresenta características únicas. Tais características, propostas por Bonavides (1972) estão relacionadas ao "...elemento surpresa, à subtaneidade, à violência, à frieza de cálculo, à premeditação e à ilegitimidade" (Bonavides, 1972: 529). Outro elemento próprio do golpe de Estado está relacionado à temporalidade do ato em si. Ele é rápido e implacável, destoando-se da revolução (ou processo revolucionário), que se apresenta como uma movimentação lenta e progressiva, até a sua consumação.

Quando bem sucedido, o golpe de Estado, realizado por uma minoria, não necessariamente produzirá efeitos drásticos de mudanças na ordenação jurídica. Somente ocorrerão as mudanças que se fizerem necessárias para garantir a legalidade de assunção do poder do novo grupo dominante. Como, geralmente, o golpe de Estado se realiza contra um governante, ou contra um governo específico, é suficiente depô-lo e rearranjar o que for necessário para a manutenção e a consequente legalização dos novos atos jurídicos. Como não existe a participação do povo, o golpe de Estado, pelo menos a princípio, gera na sociedade uma inquietude e uma insatisfação generalizadas, principalmente relacionadas à incerteza do futuro político a que será submetida.

O processo de legitimação do golpe de Estado pode ser realizado a posteriori, chamado de Legitimação "post facto" (Farhat, 1996). Neste, os novos governantes apresentam ao povo algum tipo de justificativa de cunho legal ou de cunho social, sempre no sentido de obter a aprovação, ou no mínimo a aceitação popular. Via de regra, os novos governantes se valem de medidas drásticas voltadas àqueles que resistem ou deliberadamente não consentem. Tais medidas geralmente estão no âmbito do cerceamento dos direitos constitucionais das pessoas (algumas pessoas, especificamente os opositores, ou toda a sociedade), e podem variar desde:

"... prisão, banimento, exílio ou confinamento de opositores; restrições à liberdade de ir e vir; censura das telecomunicações; invasão de domicílios; violação do sigilo da correspondência; suspensão de medidas judiciais, como o habeas corpus, o mandado de segurança; etc., etc." (Farhat, 1996: 455).

Uma característica que pode estar associada ao golpe de Estado é a peculiaridade com que ele é realizado, traduzindo-se esta, pela alta traição ao governante (ou governo), por parte de um ou mais de seus membros, até então aliados e colaboradores.

O golpe de Estado, para ser bem sucedido e eficaz, tem que resguardar certas características. O reduzido grupo de golpistas, deve em princípio, deter poder suficiente para controlar a reação do atual governante. Para tal, o grupo deve ter acesso imediato aos meios de comunicação (para efetivo controle destes, e eventual utilização para a divulgação da nova situação), deve ter o controle e comando sobre as milícias (senão total, pelo menos de sua parte vital, para poder evitar o movimento de resistência contra o golpe), deve deter o controle sobre os meios de

transporte e sobre os principais pontos estratégicos (modernamente, como aeroportos, rodoviárias centrais, portos, quartéis). A adesão aos princípios golpistas, e ao golpe de Estado propriamente dito, por parte dos demais integrantes do governo e das milícias, deve ocorrer no decurso de um tempo mínimo (estimado em 24 horas), para evitar a resistência e a reação do governante (ou governo) atual.

Um detalhe interessante, apresentado por Acquaviva (1994), é o que descreve que os golpistas, já pertencentes ao governo, realizam o golpe de Estado "com a finalidade de permanecerem no exercício do poder" (Acquaviva, 1994: 61).

Saïd Farhat apresenta o golpe de Estado como sendo a "mudança violenta ou ilegal de governo" (Farhat, 1996: 455). Acrescenta aqui uma característica ainda não abordada neste texto, ou seja, a possibilidade de existência da violência para a obtenção do poder. Mesmo com esta caracterização, o golpe de Estado não deve ser confundido com a revolução, pelas próprias características intrínsecas do processo utilizado pelos golpistas, e também pelo fato de seus membros já pertencerem ao quadro do governo, fato este que não ocorre no processo revolucionário. Farhat (1996) vai mais além, afirmando que o "golpe de Estado configura a substituição de um poder do Estado por outro, por métodos não constitucionais, com ou sem uso de violência física" (Farhat, 1996: 455). Afirma ainda em seu Dicionário Parlamentar e Político (Farhat, 1996) que "o golpe de Estado parte de um dos poderes do Estado, contra o outro ... ou mais freqüentemente, contra os demais" (Farhat, 1996: 455). Aqui, se verifica, claramente, que os golpistas, figuras integrantes do governo, ao se rebelarem, passam a pretender o poder sobre todos poderes do Estado, assumindo assim o controle total sobre o Estado. Outra característica discutida por Farhat (1996) é o fato de que o momento do golpe de Estado está, muitas vezes, associado à alguma crise de governabilidade, ou ao embate entre os poderes constituídos.

Associado aos elementos descritos acima está o fato de que o golpe de Estado, embora possa perdurar, ou se repetir, não pode ser permanente (Farhat 1996).

3. EXEMPLOS DE MUDANÇAS POR REVOLUÇÃO E POR GOLPE DE ESTADO

3.1. A REVOLUÇÃO FRANCESA ¹

A Revolução Francesa, de cunho social e político, tem seu marco inicial na Tomada da Bastilha, em 14 de julho de 1789, sob o lema "Liberté, Égalité e Fraternité". Nesta revolução, a burguesia revolta-se contra a monarquia absolutista, instaurando a I República, chamada Mariana. A classe burguesa (pequenos e grandes burgueses) une-se aos trabalhadores urbanos e aos camponeses na intenção de eliminar os privilégios do clero e da nobreza, e das instituições feudais do Antigo Regime. O Estado era tripartido em Primeiro Estado, composto pelo rei e pelo

clero, em Segundo Estado, composto pela nobreza, e em Terceiro Estado, composto pelos demais, que eram os burgueses, os trabalhadores urbanos e os camponeses. O Terceiro Estado, além de pagar altos impostos ao Primeiro Estado, ainda sofria os abusos do absolutismo de Luís XVI. A França passava naquela época por uma crise econômica em função de uma crise industrial e pela redução da produção alimentar causada pela seca. Em 1788, o rei convoca a Assembléia dos Estados Gerais, que iniciam seus trabalhos no palácio de Versailles em maio de 1789. Em junho, a bancada do Terceiro Estado se autoproclama como Assembléia Nacional Constituinte. Iniciam-se as revoltas populares, tanto em Paris como no interior da França, culminando com a Tomada da Bastilha. Nesta época, a maioria dos nobres deixaram a França. Em agosto de 1789, a Constituinte termina por eliminar os direitos feudais ainda existentes e aprova a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 1791, a Constituinte decide pela monarquia e institui os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, proclamando a igualdade civil e o confisco dos bens da Igreja. Em 1792 é criada a Comuna de Paris e são organizadas as guardas nacionais. Existe nesta época uma forte oposição aos nobres que são considerados traidores. A Revolução Francesa é tida como marco do movimento revolucionário popular, com ideais capitalistas, liberais e burgueses, e influencia outros países como os Estados Unidos, a Inglaterra e a América Espanhola.

3.2. ALGUMAS REVOLUÇÕES LIBERAIS²

Surgem na França, no século XIX, alguns movimentos revolucionários de caráter liberal e burguês, que influenciaram outros movimentos na Europa, tais como os movimentos nacionalistas, os do liberalismo e os do socialismo. Com a queda do Império Napoleônico, em 1815, a monarquia é restaurada na França. Em 1830, os burgueses derrotam o rei Carlos X, por suas medidas arbitrárias de cassação de liberdades, e apoiam Luís Felipe I. Paralelamente, surgem outras revoltas na Bélgica, da Grécia, na Polônia, na Alemanha e na Itália.

Em 1848 é proclamada a II República na França, que instala um governo provisório de maioria burguesa, inaugurando a liberdade democrática. Após a criação da primeira Constituição republicana, o eleito, Luís Bonaparte, dá um golpe de Estado, instaurando o II Império.

3.3. A REVOLUÇÃO RUSSA³

A Revolução Russa tem início em 1917. Com o fim do czarismo, estabeleceu-se a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas em 1922. Cresce a influência de Lênin que derrota Kérenski, instituindo o Conselho dos Comissários do Povo. Trótski organiza a Guarda Vermelha e institui um regime de terror, derrotando os contrarrevolucionários e as forças externas.

3.4. A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA NO BRASIL⁴

Um movimento político-militar acaba com o Império e instaura uma república federativa, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, após uma campanha de vinte anos que congrega republicanos e abolicionistas. O golpe de Estado é chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que depõe Dom Pedro II e assume a chefia do novo governo provisório.

3.5. A REVOLUÇÃO DE 1930 NO BRASIL⁵

Outro movimento político-militar derruba o presidente Washington Luís em outubro de 1930, terminando com a República Velha, dando o poder a Getúlio Vargas.

3.6. REVOLUÇÃO CONSTITUCIONALISTA DE 1932 NO BRASIL⁶

Entre julho e outubro de 1932 ocorre, em São Paulo, um movimento de insurreição contra o governo provisório de Getúlio Vargas, que exige a Convocação da Assembléia Constituinte que havia sido prometida pelo então governante, por ocasião da campanha pela Aliança Nacional e da Revolução de 1930. A Revolução Constitucionalista de 1932 tem suas origens na tradição liberal democrática (apoiada pela sociedade urbana estadual), e nos interesses da oligarquia paulista. Como haviam sido derrotados em 1930, os paulistas fazem oposição ao governo de Vargas, que havia sido acusado de retardar o processo para a elaboração da nova Constituição. Os partidos Republicano Paulista (PRP) e o Democrático (PD) aliam-se na Frente única Paulista pedindo a cessação da intervenção federal nos estados e a constitucionalização do país. O movimento se expande, tornando-se popular. No entanto, a repressão da polícia culmina com a morte de quatro estudantes, Martins, Miragaia, Dráusio e Camargo, cujas iniciais deram o nome com que o movimento ficou conhecido - MMDC. Agora, com o apoio da classe média, em 9 de julho, se inicia a rebelião armada. Embora os constitucionalistas houvessem encontrado apoio do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, acabam sendo cercados pelas tropas federais legalistas. A rendição ocorreu em 3 de outubro do mesmo ano.

3.7. O GOLPE DE ESTADO DE 1937: O ESTADO NOVO⁷

O então presidente Getúlio Vargas, vinha governando com austeridade, implantando no país o estado de guerra, com suspensão dos direitos constitucionais e forte repressão policial, em resposta ao movimento da Intentona Comunista de 1935. O clima vigente era de forte tensão político-ideológica e militar, resultantes das influências na Europa, do liberalismo, do fascismo e do comunismo, exatamente no período anterior à II Guerra Mundial (1939-1945). Em setembro de 1937,

existia a suspeita de um suposto plano comunista, conhecido como Cohen, que pretendia tomar o poder de Vargas por meio de luta armada. Em face da situação, e do desejo de manter-se no governo, Vargas, aproveitando-se destas condições, em 10 de setembro do mesmo ano, anunciou pelo rádio a criação da "nova ordem" do país, implantando um regime ditatorial. Apoiado pelos setores sociais conservadores, iniciou-se um período de autoritarismo, centralismo e corporativismo, que com o golpe de Estado, deu início à era ditatorial Vargas. Em nome da segurança nacional, Vargas suspende as eleições livres, abole os partidos políticos, retira o poder dos poderes Legislativo e Judiciário, amplia seu mandato para seis anos, concentrando então, todo o poder em suas mãos. Descaracteriza a estrutura federativa e nomeia interventores para os estados. Cria a Constituição de 1937, conhecida como "polaca", claramente inspirada nos regimes fascistas europeus. Em 1942, sob pressão dos Estados Unidos, Vargas rompe com a Alemanha, com a Itália e com o Japão, durante a II Guerra Mundial. Em 1943, é criada a Força Expedicionária Brasileira (FEB), e o Brasil entra na guerra no ano seguinte. Uma vez participando da guerra ao lado dos aliados, contra o totalitarismo nazista e fascista e em defesa da democracia, Vargas se vê diante de uma instabilidade interna contra o seu regime ditatorial. Cresce então a oposição ao Regime Vargas, concentrando entre os seus adeptos, intelectuais, estudantes, religiosos e empresários. Em 1945, apesar de deter um forte aparato de repressão, Vargas se enfraquece no governo, tenta marcar eleições gerais (nas quais, possivelmente, ele mesmo seria candidato), mas é surpreendido pela cúpula militar, que articula o golpe de Estado de 29 de outubro de 1945. Neste, os ministros militares destituem Vargas, passam o governo ao presidente do Supremo Tribunal Federal e realizam eleições para a posse do novo presidente da República, saindo assim o Brasil do regime ditatorial.

3.8. O GOLPE DE ESTADO, CHAMADO DE REVOLUÇÃO DE 1964⁸

O ocorrido no Brasil, em 1964, chamado de Revolução de 31 de março de 1964, na realidade foi um golpe de Estado, ou ainda melhor dito, um golpe Militar. Apresentaremos aqui os fatos e as evidências que levam a uma compreensão histórica do que se passou, permitindo uma nova interpretação e a adequação do tipo de mudança que realmente ocorreu.

Vejamos um breve histórico da situação política do Brasil na década de 60, que se inicia com a troca de governo entre o Presidente Jucelino Kubischek e o então eleito Presidente Jânio da Silva Quadros. A posse se dá no dia 31 de janeiro de 1961, após as eleições nacionais para a Presidência da República. O governo do então Presidente Jânio Quadros, rapidamente se torna impopular, principalmente por ter adotado medidas econômicas ditadas pelo FMI (Fundo Monetário Internacional), tais como a restrição ao crédito e o congelamento dos salários. Na política exterior, Quadros apoia Fidel Castro, e em 1961 condecora um dos ministros de

Cuba, Ernesto Che Guevara, com a mais alta comenda brasileira, a Ordem Nacional do Cruzeiro de Sul. Em 24 de agosto do mesmo ano, surge a denúncia de Carlos Lacerda, de que Quadros estaria articulando um golpe de Estado. No dia seguinte, Quadros anuncia a sua renúncia da presidência, alegando estar sofrendo pressões de "forças terríveis". Assume a presidência o então presidente da Câmara, Ranieri Mazilli, uma vez que o vice-presidente, João Goulart estava na China, em visita oficial. Os ministros militares, por julgar que o vice-presidente estivesse ligado ao movimento trabalhista (e de esquerda), pressionam o congresso para considerar vago o cargo de presidente e para convocar novas eleições. A resistência dos legalistas, a mobilização da população e do 3º Exército do Rio Grande do Sul fizeram com que o congresso aprovasse uma emenda constitucional instituindo o parlamentarismo, permitindo que João Goulart tomasse posse, mas sem os poderes do presidencialismo. Ele assume a presidência em 7 de setembro de 1961 e governa até o golpe de Estado de 1964. Em 1962, em plebiscito nacional, o Brasil volta ao presidencialismo. Jango, como era conhecido, governa permitindo as condições para o desenvolvimento de um capitalismo nacional e progressista. Com um governo cheio de medidas contraditórias, e apoiando movimentos de esquerda, Jango começa a perder o apoio das classes dominantes e cria uma crise interna no seu próprio governo. Em 13 de março, Jango, em discurso aberto, decreta a nacionalização das refinarias de petróleo e a desapropriação de terras para a reforma agrária. Em 19 de março, é realizada em São Paulo a "Marcha da Família com Deus pela Liberdade", sendo esta uma mobilização contra o atual governo janguista. No dia 31, as tropas mineiras marcham em direção ao Rio de Janeiro e Brasília, e se inicia o processo golpista, exigindo a renúncia de Jango, que enfraquecido e sem o apoio das forças armadas foge para o Rio Grande do Sul, e depois para o exílio no Uruguai. No dia seguinte, o presidente do Senado, Auro de Moura Andrade, declara vaga a Presidência da República, e o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazilli assume interinamente (até 15 de abril). Em 9 de abril, é instituído o Ato Institucional nº 1, que transfere o poder aos militares, e suspende por dez anos os direitos políticos de centenas de pessoas (inclusive com cassações de mandatos de parlamentares). O primeiro presidente golpista é o Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, empossado em 15 de abril. Governou até março de 1967. O Ato Institucional (AI) nº 2, entre outros, estabelece a eleição indireta para a Presidência da República, transformando o Congresso em Colégio Eleitoral. O AI-3, estabelece que as eleições para governadores também sejam indiretas. Em novembro de 1966, o presidente fecha o Congresso. Uma nova Constituição entra em vigor em 15 de março de 1967, mesmo dia da posse do segundo presidente militar, o Marechal Arthur da Costa e Silva, que governa até 1969, quando então é afastado por problemas de saúde. Ocorre a decretação do AI-5, em 13 de dezembro de 1968, que praticamente dá poderes absolutos ao governo militar. Quando o presidente Costa e Silva é afastado, uma junta militar, constituída pelos ministros militares, assume o poder. Daí para frente ocorrem as sucessões entre o general

Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), o general Ernesto Geisel (1974-1979), e finalmente o general João Batista de Oliveira Figueiredo (1979-1985), sendo este o último militar a governar.

CONCLUSÃO

Como pudemos verificar no texto acima, um Estado pode sofrer alterações de continuidade quanto ao seu ordenamento jurídico e à sua forma de governo, e por tal passar por mudanças significativas. Apresentamos aqui uma breve explanação das caracterizações de dois tipos de reforma, ou seja, a revolução e o golpe de Estado. Vimos que existem diferenças nítidas entre ambas as formas de reforma apresentadas. Servimo-nos de alguns exemplos de fatos históricos para a elucidação de uma e de outra forma de mudança, sem no entanto, termos a pretensão de esgotar o assunto, tanto por sua complexidade, como pela apreciação dos fatos históricos.

A evolução histórica do Mundo Moderno, e Pós-Moderno (e ainda atualmente) está repleta de situações e fatos históricos que contemplam o assunto deste texto. No entanto, objetivando as mudanças que podem ocorrer na evolução e no processo histórico dos Estados, nos detivemos na descrição singela de alguns fatos, de alguns poucos Estados em particular, no intuito de podermos apreciar mais detalhadamente os meandros inerentes ao processo da mudança em si. Ao restringirmos o escopo desta apresentação, não podemos, entretanto, ignorar os outros tipos possíveis de mudanças, que certamente concorrem para as mudanças e reformas do Estado. Por razões didáticas não as discutimos neste texto.

Toda mudança, seja revolução, golpe de Estado, ou outra, tem a sua base em pelo menos duas características essenciais. A primeira ligada à uma insatisfação ou desacordo com a forma com que o Estado está sendo dirigido, e a segunda, de caráter mais pessoal e ideológico, está ligada ao desejo de um ou de alguns em se apossarem do poder. Em ambas, nota-se, claramente, que a subversão da ordem vigente é um fato e, que esta poderá ocorrer de forma violenta, ou ao contrário, pacífica. No caso da revolução, pelo fato de ter suas bases na insatisfação popular, a probabilidade da utilização da violência é extremamente maior, visto que o detentor do poder, geralmente controlando os poderes de polícia e das milícias, resistirá. A resistência, nestes casos, dá ao governante ameaçado, a possibilidade de utilização das instituições do Estado e das leis, inaugurando assim um estado de verdadeira repressão na tentativa de aniquilamento dos focos revolucionários, valendo-se inclusive de critérios ilegais e injustos para se manter no poder. Como, geralmente, o processo revolucionário é um processo longo, uma vez que obtém a sua guarida no apoio e na sustentação popular, dá ao governante uma possibilidade maior de preparação para a resistência. A quebra da legalidade do então sistema vigente, com a revolução, faz com que surja o espaço para a criação de uma nova ordenação, expressa pelas novas instituições jurídicas que serão criadas.

No caso do golpe de Estado, por algumas de suas próprias características, tais como a subtaneidade, o elemento surpresa, a premeditação e a frieza de cálculo, ao governante a ser deposto, geralmente não é dado tempo necessário e suficiente para que seja estabelecido um processo de resistência. A ilegalidade, como uma das características essenciais, será revertida após o sucesso do golpe de Estado, com a criação de uma nova ordenação jurídica. Já a legitimação do novo poder golpista, dependerá da forma resultante do acolhimento da sociedade.

Em ambos, o processo contra-revolucionário pode ser inaugurado, com a parcela de remanescentes do sistema deposto, que de uma forma ou de outra, tentarão restaurar a ordem antiga.

Vimos, então, que tanto a revolução quanto o golpe de Estado analisados neste texto, apresentam características distintas, processos particulares de desenvolvimento e de atuação, mas que, apresentam na sua verdadeira essência, o mesmo objetivo final, isto é, a tomada do poder.

NOTAS

1 a 7 - Informações retiradas de:

ALMANAQUE ABRIL. (1999) 6ª edição, CD-ROM 1999, São Paulo, Editora Abril; COMPTON'S INTERACTIVE ENCYCLOPEDIA. (1995) Version 3.00, Estados Unidos da América, Compton's NewMedia, Inc..

8 - Informações retiradas de:

ALMANAQUE ABRIL. (1999) 6ª edição, CD-ROM 1999, São Paulo, Editora Abril; ALVES, Maria Helena Moreira. (1987) Estado e Oposição no Brasil (1964-1984), 4ª edição, Petrópolis, Editora Vozes.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. (1994) Teoria Geral do Estado, São Paulo, Editora Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. (1972) Ciência Política, 2ª edição, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações.

DALLARI, Dalmo de Abreu. (1998) Elementos de Teoria Geral do Estado, 20ª edição, São Paulo, Editora Saraiva.

FARHAT, Saïd. (1996) Dicionário Parlamentar e político - o processo político e legislativo no Brasil, São Paulo, Companhia Melhoramentos e Editora Fundação Peirópolis.

BIBLIOGRAFIA DE REFERÊNCIA

ALMANAQUE ABRIL. (1999) 6ª edição, CD-ROM 1999, São Paulo, Editora Abril.

ALVES, Maria Helena Moreira. (1987) Estado e Oposição no Brasil (1964-1984), 4ª edição, Petrópolis, Editora Vozes.

COMPTON'S INTERACTIVE ENCYCLOPEDIA. (1995) Version 3.00, Estados Unidos da América, Compton's NewMedia, Inc.