

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta

il. 21cm.

Semestral

Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

O presente número da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta traz, dentre os artigos elaborados por professores desta Entidade e juristas renomados, um que é motivo de especial comemoração: o primeiro trabalho do Núcleo de Pesquisa Jurídica da FADIPA, elaborado pelo professor Claudinei Colleti, com colaboração dos alunos Carlos José Fernandes Ferreira, Dirce do Carmo Fornel Canônico, Eliana de Paula Santos S. Amora, Gabriela Dargenio Milani, Luís Fernando Arantes Machado e Onélia Aparecida Galli Honigmann, no qual se estudou o problema dos vendedores ambulantes na realidade do Município de Jundiáí, sendo o resultado da pesquisa encaminhado para a Prefeitura e Câmara Municipal de Jundiáí, para conhecimento e análise.

Os demais artigos publicados são de grande relevância jurídica e interesse social, vez que abordam problemas atuais que repercutem no estudo do direito.

Ressalte-se, por oportuno, que o objetivo principal da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta é o de integrar juristas, professores e alunos na discussão de temas de importância jurídica e social, visando ao crescimento intelectual de todos.

Esperamos que possam ter uma agradável leitura. Até o próximo número,

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

Mercado de trabalho informal e precarização das condições de trabalho: uma análise sobre os vendedores de rua de Jundiá <i>Claudinei Colleti, Carlos José Fernandes Ferreira, Dirce do Carmo Fornel Canônico, Eliana de Paula Santos, Gabriela Dargenio Milani, Luís Fernando Arantes Machado e Onélia Aparecida Gali Honigmann</i>	7
Três temas de execução penal <i>Gustavo Octaviano Diniz Junqueira</i>	45
Relações de trabalho (aspectos psicopatológicos e psicossociais na demissão) <i>Carlos Eduardo Thomaz da Silva</i>	57
O sigilo bancário e a tutela da privacidade diferenças <i>José Fabio Rodrigues Maciel</i>	67
A medida provisória e seu uso no direito tributário <i>Marco Aurélio Ferrari Barro dos Santos</i>	79
A base de cálculo do ICMS <i>Luís Henrique Neris de Souza</i>	89
O desporto no Brasil sob a ótica da lei Pelé <i>Jean Marcel Mariano de Oliveira</i>	95
Normas para apresentação de originais	113

**MERCADO DE TRABALHO INFORMAL E
PRECARIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO:
uma análise sobre os
vendedores de rua de Jundiaí**

Claudinei Coletti *

Carlos José Fernandes Ferreira **

Dirce do Carmo Fornel Canônico **

Eliana de Paula Santos S. Amora **

Gabriela Dargenio Milani **

Luís Fernando Arantes Machado **

Onélia Aparecida Galli Honigmann **

1. Introdução.

Na década de 1990, um dos maiores dramas vividos pela população trabalhadora brasileira foi, sem dúvida, o desemprego, cujos índices chegaram a níveis jamais vistos na história do Brasil. De 1989 a 2000, tais índices – qualquer que seja o índice tomado como referência – simplesmente dobraram¹. Além disso, o próprio Direito do Trabalho passou e tem passado por um processo de *desregulamentação* — chamado por alguns autores de “flexibilização” — que significa, grosso modo, a

* Coordenador desta pesquisa. É mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, doutorando em Ciências Sociais nesta mesma Universidade e professor de Sociologia Geral e Jurídica na Faculdade de Direito Padre Anchieta.

** Integrantes do grupo de pesquisa e alunos do 2º ano-diurno, do curso de Direito da Faculdade de Direito Padre Anchieta. O grupo de pesquisadores agradece às alunas Elizabeth de Jesus Elias Pedro e Maria Elisa Bianchini pela colaboração que deram na coleta de dados empíricos.

¹ Se tomarmos como referência a Pesquisa Mensal de Emprego (PME) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o índice de desemprego aberto passou de 3,4% em 1989 para 7,1% no ano 2000, nas regiões metropolitanas pesquisadas por esse Instituto (São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte, Recife e Salvador); já segundo a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), realizada na região metropolitana de São Paulo, pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade) em convênio com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudo Sócio-Econômico (Dieese), o índice de desemprego total passou de 8,7% em 1989 para 17,6% no ano 2000. Infelizmente no Brasil não há nenhuma pesquisa nacional sobre o desemprego.

diminuição gradativa da presença do Estado no terreno das relações entre capital e trabalho. Ora, numa conjuntura de altíssimos índices de desemprego, a consequência dessa diminuição da presença do Estado no terreno das relações de trabalho é penalizar, e muito, os trabalhadores assalariados, retirando-lhes direitos antes consagrados pela legislação². O crescimento, na década de 90, do número de assalariados sem carteira de trabalho assinada³ mostra, de forma radical, que os trabalhadores são os maiores prejudicados quando o Estado deixa de regular e/ou fiscalizar a relação entre capital e trabalho. Se somarmos a esses “assalariados sem carteira assinada” (28,1% do total, em agosto de 2000, segundo o IBGE) os chamados “trabalhadores por conta própria” (23,1%), e tendo em vista que os “assalariados com carteira assinada” passaram de 59,5% em 1989 para 43,2% em agosto de 2000, concluiremos que houve um contínuo processo de substituição do trabalho formal pelo informal nesse período. Não dá para afirmar com exatidão qual o percentual de trabalhadores que, nas seis regiões metropolitanas pesquisadas pelo IBGE, estão inseridos no mercado informal, pois os “trabalhadores por conta própria”, na definição desse Instituto de pesquisa, são “aquelas pessoas que exploram uma atividade econômica ou exercem uma profissão ou ofício, sem empregados”. Inclui, portanto, segundo nosso entendimento, desde camelôs com baixíssimo nível de renda até profissionais liberais de classe média e renda alta. Ora, a nosso ver, estes últimos não podem ser considerados trabalhadores informais. Mas uma coisa é certa: a informalidade do mercado de trabalho cresce na década de 1990.

Ora, no Brasil, desde 1930, quando o governo de Getúlio Vargas iniciou o processo de implantação da estrutura sindical oficial no meio urbano – no campo, essa estrutura é implementada somente no início dos anos 60, no governo de João

² *Os principais instrumentos legais de desregulamentação do mercado de trabalho, nos anos 90, foram os seguintes: a Lei nº 8.949, de 09.12.1994, cuja finalidade foi facilitar a terceirização das relações de trabalho, incentivando, por sua vez, a constituição de falsas cooperativas de trabalho, utilizadas tão-somente para acobertar a relação de emprego entre trabalhadores e empresários, retirando, dessa forma, dos primeiros, uma série de direitos sociais-trabalhistas; a Lei nº 9.601, de 21.01.1998, que além de ter instituído o chamado “banco de horas”, permitiu a contratação de trabalhadores por tempo determinado com direitos reduzidos (por exemplo, o FGTS reduz-se de 8% para 2%) e com menos encargos para as empresas (por exemplo, a contribuição das empresas para o chamado sistema “S” – Sesc, Sesi, Senai etc —, reduz-se à metade); e a Medida Provisória nº 1.779-11, de 02.06.1999, que instituiu o trabalho em tempo parcial (com jornadas de trabalho semanais de, no máximo, 25 horas, implicando redução de alguns direitos) e que, dessa forma, passou a facilitar a suspensão do contrato de trabalho. A esse respeito ver Martins, 1999 e 2000.*

³ *Em 1989 os assalariados sem carteira de trabalho assinada representavam 18,4% dos trabalhadores ocupados nas seis regiões metropolitanas pesquisadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); em agosto de 2000, já representavam 28,1%, significando um aumento percentual de 52,7%, conforme dados da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE, relatório de agosto de 2001.*

Goulart – e passou, também, a regulamentar detalhadamente a relação capital/trabalho, através de uma legislação trabalhista que resultaria na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, a idéia de *cidadania*⁴ sempre esteve muito ligada ao exercício de um trabalho e, mais que isso, ao emprego com carteira assinada, já que este último era (e ainda é) a principal garantia de acesso aos direitos sociais-trabalhistas garantidos pelo Estado ao trabalhador brasileiro. Neste sentido, apenas para exemplificarmos, os trabalhadores agrícolas, até o início dos anos 60, quando foi promulgado o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de março de 1963) — significando a extensão da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ao campo —, estavam completamente alheios aos direitos de “cidadania”, porque simplesmente a “lei do governo” não ultrapassava as porteiras das fazendas e os proprietários rurais possuíam um poder absoluto sobre a vida de seus agregados/dependentes, transformando-os em verdadeiros “súditos” a serviço de um “rei”. É claro que sabemos que o Estatuto do Trabalhador Rural não fez o milagre de imediatamente penetrar em cada propriedade, substituindo a “lei do senhor de terras” pela “lei do governo” e conferindo a cada trabalhador rural pelo menos uma certa dignidade socioeconômica. Muito pelo contrário, até hoje, quase quarenta anos depois, este é um processo inconcluso. Apenas utilizamos esse exemplo para enfatizar o quanto a idéia de “cidadania”, no Brasil, está ligada à “proteção” dada aos trabalhadores pela legislação social-trabalhista.

Pois bem, feitas essas observações, surge imediatamente a seguinte questão: o que ocorre quando, em pleno início do século XXI, no Brasil, muitos trabalhadores são jogados à margem do mercado de trabalho e de toda essa legislação protetora?

Em primeiro lugar, diríamos que deixam de ser reconhecidos socialmente, já que tal reconhecimento passa, necessariamente, pelo trabalho e pelo emprego formal. O próprio desenvolvimento do capitalismo implica uma valorização moral e

⁴ Sabemos o quanto o conceito de “cidadania” é controverso. Partilhamos também a opinião de que a “cidadania burguesa”, isto é, a cidadania típica da sociedade capitalista, pelo próprio caráter de classe dessa sociedade, nunca atinge a todos indistintamente e é sempre, em maior ou menor grau, excludente. Na França, na segunda metade do século XVIII, no contexto da Revolução Francesa, as expressões “cidadão” e “cidadã” passaram a indicar que não mais haveria “nobres” e que todas as pessoas, em condições de igualdade, participariam ativamente da vida social e influenciariam no governo. Ocorre que a Constituição francesa de 1791 reservou apenas aos homens que possuísem determinada renda anual o direito de participar da vida política. Ou seja, excluiu da “cidadania” mulheres e homens de baixa renda. E outras exclusões, dos mais variados tipos, foram uma constante na história das sociedades capitalistas. O que consideramos importante ressaltar, aqui, é que a “cidadania” não pode ser definida apenas em termos político-formais, ou seja, como o direito formal de votar e ser votado. Pois, a nosso ver, ela é indissociável da idéia de “Estado de direito” (sociedade e governo regidos pelo direito) e das condições socioeconômicas dos indivíduos, até porque, como observa Dallari (1997: 7), numa situação de pobreza e dependência não há como tomar decisões livres.

ideológica do trabalho, que provoca nos indivíduos um sentimento de desconforto e impotência diante da ausência do trabalho⁵. E mais, a lógica do mercado capitalista impõe-nos a idéia de que quem não trabalha não produz, quem não produz não consome e, portanto, é dispensável e desprezível ao sistema. É como se a pessoa sem trabalho perdesse a dignidade ou parte dela. A questão fundamental, neste caso, é a seguinte: como é possível existir, de fato, um “Estado democrático de Direito” em meio à existência de pessoas excluídas do mais elementar dos direitos, que é o direito à subsistência através do trabalho e o direito às proteções legais que um emprego formal garante? Seria correto falar em “cidadania de 2ª classe”, ou deveríamos nos contentar com o fato de que o conceito de “cidadania” sempre comportou e comportará, necessariamente, “exclusão”? Concordamos com o artigo 1º da nossa Constituição Federal, que afirma que “a dignidade da pessoa humana” é um dos fundamentos do “Estado democrático de Direito”, mas o que fazer diante de tantos excluídos de tal dignidade? Essas são perguntas difíceis para as quais, portanto, não há respostas fáceis.

Pois bem, foram essas preocupações de caráter geral, envolvendo as relações possíveis entre a questão da “cidadania”, o *Direito do Trabalho*, o *desemprego* e o *mercado de trabalho*, que nos levaram à discussão e à formulação, em meados do ano 2000, de um projeto ambicioso de pesquisa intitulado “*Desemprego, mercado de trabalho e Direito do Trabalho*”⁶, a ser desenvolvido junto ao *Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, naquele momento em fase de implantação. Num momento seguinte propusemos, como uma primeira etapa daquele projeto maior, a realização de uma pesquisa sobre o *mercado de trabalho informal em Jundiá* e, dentro deste, mais especificamente, sobre os vendedores que perambulam pelas ruas da cidade vendendo as mais variadas mercadorias. O obje-

⁵ Segundo Weber (1985), foi primeiramente através da reforma protestante, empreendida por Lutero e Calvino, que o trabalho passou a ser valorizado como uma vocação recebida de Deus, contra a concepção católica medieval de desprezo ao trabalho. Segundo Calvino, os homens deveriam trabalhar com a máxima dedicação, viver com o mínimo necessário à sua subsistência, poupar, investir e, agindo desta maneira, renderiam glórias a Deus. Aqueles que, assim procedendo, enriquecessem, teriam sido escolhidos pelo Senhor. Weber, neste trabalho clássico datado do início do século XX (A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo), preocupou-se em estabelecer em sua análise uma relação entre a ética protestante de valorização do trabalho e o surgimento do capitalismo ocidental moderno, pois constatava que a maioria dos empresários bem-sucedidos da Alemanha da época era protestante. A nosso ver, essa valorização do trabalho, num primeiro momento religiosa, justificadora da disciplina operária no universo fabril e do próprio processo de acumulação capitalista, num segundo momento vai espalhar-se para além dos limites do protestantismo, convertendo-se num valor essencial do homem nas sociedades capitalistas industriais.

⁶ Os professores responsáveis pela formulação desse projeto inicial foram o prof. Dr. Jorge Luís Souto Maior, coordenador do Núcleo de Pesquisa e professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Padre Anchieta e o prof. mestre Claudinei Coletti, sociólogo e professor de Sociologia Geral e Jurídica da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

tivo era obter informações sobre os motivos que levaram esses trabalhadores a ingressar no mercado informal, sobre as condições de trabalho e de ganho vigentes nesse tipo de ocupação e sobre as perspectivas de trabalho e de vida futuras desses trabalhadores. Tratava-se de uma pesquisa inédita, com um segmento de trabalhadores que, socialmente, torna-se cada vez mais relevante e sobre o qual se dispõe de pouquíssima ou quase nenhuma informação.

Em outubro de 2000, discutimos e formulamos um questionário contendo cinqüenta perguntas e, entre novembro de 2000 e janeiro de 2001, saímos às ruas de Jundiá e entrevistamos um total de 95 vendedores de rua, que comporiam nossa "amostra aleatória". Numa etapa seguinte, começamos a analisar e tabular todos os dados primários coletados e entrevistamos, também, os funcionários e assessores da Prefeitura responsáveis por esses serviços. Além disso, realizamos uma série de leituras teóricas e de discussões sobre o tema e partimos, finalmente, para a organização e análise dos dados e para a redação deste relatório de pesquisa. Pois é exatamente o resultado deste trabalho que tornamos público neste momento.

Como poderá ser observado, num primeiro momento deste relatório de pesquisa, achamos oportuno discutir as causas fundamentais do desemprego no Brasil nos anos recentes, analisar mais detidamente as discrepâncias entre os índices de desemprego produzidos pelas principais instituições que realizam pesquisa sobre desemprego no Brasil e a relação entre desemprego e mercado informal.

Num segundo momento, tratamos de definir e caracterizar o *mercado de trabalho informal* como a face mais visível do processo de precarização das condições de trabalho no Brasil, enfatizando que, na década de 1990, houve uma contínua substituição do trabalho formal pelo informal.

Num terceiro momento, nossa análise recaiu sobre a caracterização do município de Jundiá, sobre o posicionamento da Prefeitura acerca dos vendedores de rua e sobre os dados coletados em nossa pesquisa de campo. Preferimos não adiantar, aqui nesta introdução, nenhuma informação sobre a pesquisa de campo, não para fazer qualquer tipo de suspense, pois não é esta a finalidade do trabalho acadêmico, mas simplesmente porque seria impossível resumir, num parágrafo, os resultados a que chegamos. Na seção 5, "Análise dos dados", deste trabalho, o leitor poderá inteirar-se, com detalhes, dos resultados da pesquisa.

Gostaríamos de aproveitar para agradecer, aqui, em primeiro lugar, à *Direção da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, nas pessoas do Dr. Norberto Mohor Fornari, diretor da Faculdade, e do Dr. Márcio Franklin Nogueira, coordenador pedagógico, pelo apoio irrestrito que têm dado para a implantação e consolidação deste precioso espaço de pesquisa nesta Instituição; em segundo lugar, agradecemos à *Coor-*

*dena*ção do Núcleo de Pesquisa, nas pessoas do prof.Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira e do prof.dr. Jorge Luiz Souto Maior, pelo apoio e confiança em nosso trabalho; em terceiro lugar, gostaríamos de agradecer a todos os trabalhadores de rua que se dispuseram a nos conceder entrevistas, pois sem a boa vontade deles nossa pesquisa não seria possível; por fim, agradecemos aos assessores e funcionários da Prefeitura, Dr. José Jair Ferraretto, Sra. Mônica Maria da Silva e o Sr. Wilson Roberto Engholm que, gentilmente, nos receberam na sede da Prefeitura para uma entrevista e que nos prestaram valiosas informações.

2. Desemprego e mercado informal.

As taxas de crescimento econômico no Brasil, após a segunda guerra mundial, foram de tal magnitude, que poucos são os países do mundo que experimentaram crescimento tão vertiginoso. Ligada à expansão de uma economia, que rapidamente se industrializava, estava a capacidade de geração de empregos urbanos que, se não suficiente para acomodar toda a população que se deslocava do campo para as cidades⁷, pelo menos não decepcionava. Ressaltemos, desde já, que se tratou de um crescimento econômico realizado sem distribuição de renda, ou melhor, na verdade o que houve durante esse período foi um processo de concentração de renda. As tabelas 1 e 2, a seguir, que mostram o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) e a distribuição de renda no Brasil nas décadas recentes, demonstram em números o que estamos afirmando.

Tabela 1
Nível de atividade econômica
Brasil

Década	Crescimento PIB
1950	7,1%
1960	6,1%
1970	8,8%
1980	2,9%
1990	1,5%

Fonte: Mattoso, 1999:21.

⁷ Entre 1940 e 1980, no Brasil, houve uma inversão das populações rural e urbana. Em 1940 a população rural correspondia a 70% da população total, enquanto que a população urbana correspondia aos outros 30%; em 1980 esses números inverteram-se: 70% correspondiam à população urbana e os outros 30% à população rural. Martine (1987: 59-65) observa que, embora as cifras sejam extremamente precárias, estima-se que o êxodo rural tenha sido da ordem de 3 milhões de pessoas na década de 40, de 7 milhões na década de 50 e de 28,5 milhões – o equivalente à população da Argentina – nas décadas de 1960 e 1970.

Tabela 2
Distribuição de renda entre pessoas economicamente
ativas com rendimento – Brasil – 1960/1990

Ano	50% mais pobres	10% mais ricos	10% mais pobres
1960	17,7	39,7	1,2
1970	15,0	46,5	1,2
1980	14,1	47,9	1,2
1990	11,9	48,7	0,8

Fonte: Gonçalves, R., *Globalização e desnacionalização*.
São Paulo: Paz e Terra, 1999, *apud* Mattoso, 1999: 11.

Tomemos, a partir das tabelas acima e à guisa de exemplificação, a década de 1970 como referência. Podemos facilmente observar que, apesar de um crescimento econômico impressionante (de 8,8% de média anual), no ano de 1970 os 50% mais pobres da população economicamente ativa apropriavam-se de 15% da renda nacional, ao passo que os 10% mais ricos, de 46,5%. Em 1980, os 50% mais pobres diminuíram sua participação na renda nacional para 14,1% e os 10% mais ricos aumentaram-na para 47,9%. Isto, repetimos mais uma vez, numa década de crescimento econômico espetacular. Ou seja, a máxima atribuída a Delfim Neto, o homem forte da economia nos governos militares da década de 70, de que deveríamos esperar o bolo crescer para somente depois dividi-lo – numa alusão ao crescimento da economia brasileira e à distribuição de renda —, revelou-se uma falácia, pois quem, de fato, saboreou os resultados da expansão econômica do Brasil foi a minoria mais rica da população.

O resultado deste processo é que o Brasil, de acordo com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2001, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) da Organização das Nações Unidas (ONU), ocupa a vergonhosa posição de 69º país em miséria do mundo, numa situação pior que a Argentina, o México e a Colômbia, só para citarmos alguns exemplos.

O que consideramos oportuno ressaltar neste momento é que, apesar do intenso processo migratório ocorrido até os anos 70, o migrante rural, mesmo sendo de baixa qualificação profissional, encontrou possibilidades de inserção econômica nos grandes centros urbanos, primeiro na construção civil, depois no setor industrial e de serviços. Isto graças à industrialização da economia brasileira e ao crescimento econômico que a acompanhou.

Nos anos 80, entretanto, o desempenho da economia brasileira foi sofrível. Como podemos observar, ainda pela Tabela 1, o crescimento econômico do país foi, em média, de 2,9%, fazendo com que os economistas denominassem essa década como

uma “década perdida”. Esse crescimento econômico inexpressivo, obviamente, implicou alterações na dinâmica do próprio mercado de trabalho. Os fantasmas do desemprego urbano e da informalidade fizeram-se presentes como nunca aos olhos dos trabalhadores. Porém, observa Mattoso (1999: 9-11), “como nesse período foram preservadas as estruturas industrial e produtiva, o desemprego e a precarização ainda foram relativamente baixos e, sobretudo, vinculados às intensas oscilações do ciclo econômico na década e ao processo inflacionário”. Assim, nos momentos de recessão econômica (por exemplo, 1981-83) cresciam o desemprego e a informalidade, nos momentos de expansão econômica (1984-86, por exemplo) a quantidade de empregos e a formalidade voltava a crescer.

Na década de 1990, contudo, o quadro alterou-se substancialmente. A adoção e o aprofundamento do programa político neoliberal pelos sucessivos governos brasileiros⁸ jogaram o desempenho produtivo da economia brasileira no “fundo do poço” – o crescimento médio do PIB na década é de tão-somente 1,5%, conforme dados da Tabela 1 —, significando uma retração violenta das atividades produtivas, resultado, por sua vez, da abertura desenfreada da economia brasileira ao capital estrangeiro, da busca a qualquer preço da estabilização monetária, da política de juros altos praticadas pelo governo e do desmonte de estruturas industriais preexistentes sem que nada as substituísse. Esse processo de “desmonte” tem sido chamado pela literatura especializada de *desnacionalização* e *desindustrialização* da economia brasileira. Por desindustrialização devemos entender o fenômeno através do qual produtos antes fabricados pela indústria nacional são substituídos por similares importados, gerando fechamento de determinados setores de uma indústria ou mesmo de indústrias inteiras, o que significa, por sua vez, aumento do desemprego. Por desnacionalização a venda de empresas nacionais para o capital estrangeiro ou as fusões das primeiras com o segundo⁹.

⁸ Não é nosso objetivo aqui, discutir detalhadamente o programa político neoliberal, pois desviaríamos sobremaneira de nosso objetivo fundamental. Apenas diríamos que ele está baseado nas seguintes políticas fundamentais: abertura das economias nacionais ao capital estrangeiro, desregulamentação da economia em geral e do mercado de trabalho em particular, supressão dos direitos sociais e privatizações. Trata-se de um programa político cujos principais beneficiários são o capital financeiro (principalmente o internacional) e as grandes empresas multinacionais. Os seus ideólogos chegam a defender, explicitamente, o aumento das desigualdades sociais como uma forma de dinamizar o capitalismo. Sobre este tema o leitor poderá consultar, por exemplo, Anderson, 1995; Saes, 1996 e Boito Jr., 1999. Uma reflexão sobre a relação do neoliberalismo com as alterações no Direito do Trabalho pode ser encontrada em Castelo, 2001 e Dallegre Neto, 2001.

⁹ Apenas para citar um exemplo, o Sindicato das Indústrias de Autopeças (Sindipeças), estimou que das 3200 indústrias de autopeças existentes no Brasil em 1991 restavam apenas 930 em 1997, devido à onda de vendas, fusões e falências no setor (Boito, 1999: 48). Francisco de Oliveira, economista e sociólogo da USP, numa entrevista recente à Folha de São Paulo, estimou que cerca de 30% do PIB brasileiro tenha mudado de mãos na década de 1990. Conforme Folha de São Paulo, 07.05.2001, p.A-6.

Para construir um quadro explicativo sumário das principais razões pelas quais o desemprego disparou no Brasil nos anos 90, devemos juntar a esses fatores supracitados (abertura econômica, falências e fusões, e contenção do crescimento econômico), os seguintes fatores adicionais: 1º) o processo de *privatizações*, conduzido pelos sucessivos governos brasileiros da década de 1990, sempre acompanhado da dispensa de um número significativo de trabalhadores pertencentes aos quadros de funcionários das empresas privatizadas; 2º) a *diminuição dos investimentos do Estado nas áreas sociais* (saúde, educação, saneamento, habitação etc.) e em *infra-estrutura* (um bom exemplo neste caso parece ser a atual crise no setor elétrico), que fez com que o governo deixasse de contratar funcionários públicos e mesmo os dispensasse; 3º) a *crise na previdência social* que obriga os aposentados a continuarem no mercado de trabalho como forma de complementação aos poucos recursos recebidos do Estado e, portanto, ocupando vagas que poderiam ser destinadas aos jovens; 4º) a *revolução tecnológica* que atinge os setores de ponta da economia nacional; e, finalmente, 5º) as chamadas *novas formas de organização do processo de trabalho* no interior das empresas, poupadoras de força de trabalho.

Qualquer que seja o índice de desemprego que tomemos como referência, como já dissemos anteriormente, entre 1989 e 2000 ele mais que dobrou. Segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, o índice de *desemprego aberto em sete dias* passou de uma taxa média anual de 3,4% em 1989 para 7,1% em 2000 (crescimento de 108,8%). Se a referência for a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos (Dieese) e da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade) para a região metropolitana de São Paulo, o índice de *desemprego total* passou de 8,7% em 1989 para 17,6% em 2000 (crescimento de 102,3%).

A esta altura, convém esclarecer o que significa “desemprego aberto” e porque há uma diferença tão grande entre os índices de uma pesquisa para outra. A julgar pelos números do IBGE o Brasil possuiria um índice de desemprego inferior a uma grande parte dos países europeus¹⁰. O próprio governo utiliza-se com frequência desses números para tentar minimizar o problema. Ocorre, entretanto, que os números da pesquisa do IBGE tendem a subestimar o fenômeno do desemprego, porque considera desempregados apenas os trabalhadores que, *sem qualquer trabalho remunerado, procuraram ativamente emprego nos sete dias anteriores a*

¹⁰ Exemplo: em agosto de 2001, pelos dados do IBGE, o desemprego no Brasil estava em 6,2% do total da força de trabalho. Neste mesmo mês e ano, o índice de desemprego na Alemanha estava em 9,3% e na Espanha em 13,0%. Na França, em julho de 2001, o índice de desemprego estava em 8,9%. Conforme Colha de São Paulo, São Paulo, 05.10.2001, p.B-2.

pesquisa. Ou seja, se a pessoa entrevistada tiver trabalhado pelo menos uma hora na semana anterior à pesquisa ela é considerada *ocupada* (e não desempregada) e se não tiver trabalhado nem procurado emprego naquele período é considerada *inativa*, não entrando, dessa forma, nas estatísticas do desemprego aberto. Como observa Boito Jr. (1999: 90), “quanto mais prolongado for, na média, o período de desemprego por pessoa numa dada economia, mais irrealista e infundado será esse prazo de uma semana estabelecido pelo IBGE”. E o tempo médio de desemprego na região metropolitana de São Paulo, segundo a PED do Seade-Dieese, que era de quinze semanas em 1989, passou para 48 semanas no ano 2000, chegando atualmente a cerca de 52 semanas. Na pesquisa do Seade-Dieese, por outro lado, como o “desemprego aberto” refere-se àquele trabalhador que não trabalhou na semana anterior à pesquisa, mas procurou trabalho nos *trinta dias* anteriores, os índices de desemprego aberto são muito maiores.

Há, ainda, uma segunda questão que precisa ser esclarecida: o *desemprego aberto é apenas uma parte do desemprego total*. O *desemprego total* é composto pela soma do *desemprego aberto* mais o *desemprego oculto*. Há, por sua vez, o *desemprego oculto pelo trabalho precário* – refere-se às pessoas desempregadas que procuraram emprego, mas que não entram na taxa de desemprego aberto porque desempenharam algum tipo de atividade descontínua e irregular na semana anterior à pesquisa – e há, também, o *desemprego oculto pelo desalento* – inclui os desempregados que não trabalharam na semana anterior e que, por desânimo, não buscaram emprego nos trinta dias anteriores à data da entrevista, embora o tivessem feito num período de até doze meses anteriores ao levantamento.

Pois bem, a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) do Seade/Dieese mede, para a região metropolitana de São Paulo, além da taxa do desemprego aberto, o desemprego oculto pelo trabalho precário e pelo desalento. A Tabela 3, a seguir, mostra esses números.

Tabela 3
Taxas de Desemprego
Região metropolitana de São Paulo, 1989, 1994, 1999 e 2000

Tipo de desemprego	1989	1994	1999	2000
Aberto	6,5%	8,9%	12,1%	11,0%
Oculto pelo trabalho precário	1,5%	4,0%	5,1%	4,6%
Oculto pelo desalento	0,7%	1,3%	2,1%	2,0%
Total do desemprego oculto	2,2%	5,3%	7,2%	6,6%
Total geral (aberto + oculto)	8,7%	14,2%	19,3%	17,6%

Fonte: SEP. Convênio Seade-Dieese-PME.

O que podemos observar pela leitura desses números é que, se em 1989 a taxa de desemprego aberto representava 74,7% do desemprego total na região metropolitana de São Paulo, esse índice cai para 62,5% em 2000, o que significa um aumento significativo do desemprego oculto – de 2,2% em 1989 passa para 6,6% em 2000, triplicando tanto o índice do desemprego oculto pelo desalento (de 0,7% para 2,0%) quanto o desemprego oculto pelo trabalho precário (de 1,5% para 4,6%).

Chegamos, aqui, a uma primeira questão fundamental: o aumento do desemprego total na década de 1990 significou, no caso da região metropolitana de São Paulo, um aumento ainda maior do trabalho precário. Ou, em outros termos: o trabalho precário ou, mais precisamente, o mercado de trabalho informal expande-se significativamente em meio à expansão do desemprego. E mais, ele diminui os índices do desemprego aberto, conferindo ao problema uma dimensão *aparentemente* menor do que realmente tem. Ainda que os dados apresentados refiram-se à região metropolitana de São Paulo, acreditamos que se trata de uma tendência geral.

Surge, a esta altura, uma questão, para nós, fundamental: como poderíamos caracterizar o mercado de trabalho informal? É exatamente dessa questão que nos ocuparemos a seguir.

3. O mercado de trabalho informal – caracterização geral.

O trabalho informal é um fenômeno existente desde os primórdios da Revolução Industrial. Como observa apropriadamente Singer (2000: 11-12), Karl Marx já se referia a ele por volta de 1865-66, enquanto redigia o primeiro volume de sua obra máxima, *O Capital*. Na quarta seção do capítulo 23 dessa obra, Marx vai referir-se aos trabalhadores do setor informal como “segmento *estagnado* da população excedente”. Diz ele:

“a terceira categoria da superpopulação relativa, a estagnada, constitui parte do exército ativo de trabalhadores, mas com ocupação completamente irregular. Ela proporciona, assim, ao capital, um reservatório inesgotável de força de trabalho disponível. Sua condição de vida cai abaixo do nível normal médio da classe trabalhadora, e exatamente isso faz dela uma base ampla para certos ramos de exploração do capital. É caracterizada pelo máximo de tempo de serviço e mínimo de salário” (Marx, 1985: 208).

Ainda segundo os comentários feitos por Singer a partir desse trecho d’*O Capital*, os trabalhadores do setor informal compõem o *exército industrial ativo* e

não de reserva, este último formado pelos desempregados no sentido estrito do termo, ou seja, por aqueles que ainda estão à procura de um emprego. Os trabalhadores informais, por sua vez, via de regra, já desistiram de procurar emprego, exercem atividades precárias, quase todas sujeitas à repressão policial e trabalham longas jornadas em troca de ganhos extremamente instáveis e incertos.

A caracterização do mercado de trabalho informal não é tarefa fácil em razão do alto grau de complexidade das situações de trabalho aí existentes. Ou seja, trata-se de um mercado de trabalho bastante heterogêneo, tanto no que respeita às categorias de trabalhadores nele existentes, quanto às inserções ocupacionais desses trabalhadores.

Um primeiro aspecto que deve ser ressaltado é o fato de que o trabalho informal é a face mais visível do processo de precarização das condições de trabalho no Brasil¹¹. Neste sentido, em primeiro lugar, trata-se de atividades geralmente colocadas à margem da lei – não são reconhecidas ou regulamentadas pelas autoridades públicas – e executadas por trabalhadores não-protegidos pela legislação social-trabalhista de um determinado país. Mas há uma outra caracterização, mais abrangente, do mercado informal. Segundo o Programa Regional de Emprego para a América Latina e Caribe (Prealc) da Organização Internacional do Trabalho (OIT),

“o setor informal é composto por pequenas atividades urbanas, geradoras de renda, que se desenvolvem fora do âmbito normativo oficial, em mercados desregulamentados e competitivos, em que é difícil distinguir a diferença entre capital e trabalho. Estas atividades se utilizam de pouco capital, técnicas rudimentares e mão-de-obra pouco qualificada, que proporcionam emprego instável de reduzida produtividade e baixa renda. O setor também se caracteriza pela falta de acesso aos financiamentos e créditos normalmente disponíveis ao setor formal e pela baixa capacidade de acumulação de capital e riqueza.” (Jakobsen, 2000: 13-14)

Como pode ser observado por essa definição, todos os trabalhadores vinculados a unidades produtivas não tipicamente capitalistas (com até cinco empregados), nas quais não haja distinção clara entre capital e trabalho, serão considerados informais, mesmo que sejam empregadores e/ou que tenham a carteira de trabalho assinada.

¹¹ A “precarização das condições de trabalho” é assim definida por Mattoso (1999: 8): “aumento do caráter precário das condições de trabalho, com a ampliação do trabalho assalariado sem carteira e do trabalho independente (por conta própria). Esta precarização pode ser identificada pelo aumento do trabalho por tempo determinado, sem renda fixa, em tempo parcial, enfim, pelo que se costuma chamar de ‘bico’. Em geral, a precarização é identificada com a ausência de contribuição à Previdência Social e, portanto, sem direito à aposentadoria”.

A equipe do projeto “Mapa do Trabalho Informal no Município de São Paulo”, pesquisa coordenada pela Secretaria de Relações Internacionais da Central Única dos Trabalhadores (CUT), que publicou recentemente os resultados de sua pesquisa sobre o mercado informal no município de São Paulo, inclui as seguintes categorias no setor informal: 1) assalariados em empresas com até cinco empregados (com ou sem carteira de trabalho assinada); 2) assalariados sem carteira assinada em empresas com mais de cinco empregados; 3) empregadores em empresas com até cinco empregados; 4) donos de negócio familiar; 5) empregados domésticos; 6) trabalhadores familiares; 7) trabalhadores autônomos (que trabalham para o público ou para as empresas). (Jakobsen et al., 2000: 8)

Ainda que consideremos essa caracterização por demais abrangente, não é nosso objetivo, aqui, entrar no mérito dessa definição. Tomá-la-emos como dada. O que é importante enfatizar é que essas categorias de trabalhadores informais crescem na década de 1990, ao mesmo tempo em que se retrai o mercado de trabalho formal. A Tabela 4, a seguir, baseada em dados da Pesquisa Mensal de Emprego (PME), realizada pelo IBGE nas seis principais regiões metropolitanas do país comprova essa afirmação.

Tabela 4
Distribuição dos ocupados por posição na ocupação
Total das regiões metropolitanas – dezembro-1989, agosto-2000

	dezembro.1989	agosto.2000
Assalariados com carteira	59,5 %	44,2%
Assalariados sem carteira	18,4%	28,1%
Conta própria	17,7%	23,1%
Empregadores	4,4%	4,7%

Fonte: PME/IBGE.

Os dados dessa tabela mostram que na década de 1990 houve uma contínua substituição do trabalho formal pelo informal: enquanto em 1989 os assalariados sem carteira mais os trabalhadores por conta própria perfaziam 36,1% do total de ocupados nas seis regiões metropolitanas pesquisadas pelo IBGE, em agosto de 2000 esse percentual subia para 51,2%¹². Por outro lado, há um decréscimo significativo do número de assalariados com carteira assinada que passa de 59,5%

¹² Como já afirmamos anteriormente, na “Introdução” deste trabalho, os trabalhadores por “conta própria”, para o IBGE, são aqueles “que exploram uma atividade econômica ou exercem uma profissão ou ofício, sem empregados”, o que inclui, segundo nosso entendimento, desde os camelôs até os profissionais liberais. Uma pequena parte desses 51,2%, portanto, não são, a nosso ver, exatamente trabalhadores informais, mas a maioria seguramente o são.

para 44,2% do total de ocupados. É interessante observar que os números da Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) do Seade-Dieese para o município de São Paulo são muito próximos desses do IBGE: segundo a PED, em 1990, o percentual de trabalhadores ocupados no setor informal em São Paulo era de 36,3%; em 1999, 48,8%. E mais: segundo estatísticas do Ministério do trabalho, em julho de 1997, apenas 46,3% da População Economicamente Ativa (PEA) tinha emprego com registro em carteira, enquanto 25,1% trabalhavam sem registro¹³ e 22,9% por conta própria (Gonzalez, 2001: 28). Ou seja, os números dessas várias pesquisas diferentes indicam que poderíamos afirmar, com uma certa tranqüilidade, que atualmente entre 40% e 50% dos trabalhadores brasileiros encontram-se em algum tipo de informalidade, a esmagadora maioria dos quais à margem de qualquer proteção social-trabalhista (aposentadoria, seguro-desemprego, FGTS etc.).

Dentre os “trabalhadores por conta própria”, a categoria que vai nos interessar, aqui, é a dos “trabalhadores autônomos que trabalham para o público” e, mais especificamente ainda, os *vendedores ambulantes e de ponto fixo*, objeto de nossa pesquisa empírica. Esses vendedores, principalmente os ambulantes (*camelôs*), são a primeira imagem que nos vem à cabeça quando pensamos no mercado informal. De fato, diz Gonzalez (2001: 28):

“a condição de vendedor ambulante concentra todas as características mais marcantes do trabalhador informal: não tem registro, gera renda mas seu ganho é pouco, a maioria não paga imposto, o trabalho é precário e às vezes insalubre e, em geral, trabalha por conta-própria”.

Tais trabalhadores, ainda que excluídos do mercado de trabalho formal, desempenham um papel importante na cadeia produtiva capitalista, à medida que, quase sempre, trabalham no escoamento dos produtos de todo tipo produzidos pelo próprio capitalismo. Isto é, são *excluídos* do mercado de trabalho formal — seja pela dificuldade de conseguir um emprego, seja mesmo, às vezes, em razão da baixa remuneração oferecida pelo mercado de trabalho formal para os trabalhadores ditos de “baixa qualificação” —, mas estão *incluídos* na própria dinâmica do modo de produção capitalista de duas maneiras diferenciadas: de um lado, como dissemos, como vendedores de mercadorias, e, de outro, como excedente de força de trabalho, neste último caso com

¹³ O problema da contratação de trabalhadores sem o devido registro em carteira é, no mínimo, preocupante, porque indica um processo de desconstrução do mercado formal de trabalho. Segundo informações do secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, Edward Amadeo, no ano de 1999 foram abertos 418.351 postos de trabalho. O IBGE revelou, porém, que **395.068 (94,4%) foram empregos** em carteira de trabalho assinada. Esta constatação levou o Ministério do Trabalho a anunciar que realizaria uma operação em favor da carteira assinada, envolvendo todos os 3.200 auditores fiscais do trabalho do País. Conforme reportagem de Lílina Pinheiro, “Governo prepara combate ao trabalho informal”, O Estado de São Paulo, São Paulo, 06.02.2000.

a função de exercer uma pressão constante sobre os trabalhadores do setor formal, a fim de que estes últimos se sintam enfraquecidos e desestimulados a reivindicar melhores condições de trabalho, de salário e de vida.

Pois bem, na década de 1990, assistimos ao aumento vertiginoso do número de pessoas que, na busca da sobrevivência econômica imediata, tornaram-se vendedores das mais diferenciadas mercadorias pelas ruas das cidades. Fenômeno inicialmente mais presente e visível nos grandes centros urbanos – a cidade de São Paulo, neste caso, é o melhor exemplo —, vai cada vez mais se tornando comum nas cidades de médio porte, atingindo, ainda que timidamente, até mesmo as pequenas cidades. Sublinhemos, aqui, que não estamos afirmando que se trata de fenômeno recente, pois vendedores de rua sempre existiram em quaisquer tempos e cidades. Afirmamos, sim, que o crescimento, na última década, do número desses trabalhadores informais é impressionante e constatável “a olho nu”, mesmo para aquelas pessoas menos atentas e preocupadas com o problema. Isto porque, a nosso ver, está diretamente ligado a uma causa fundamental: ao aumento assustador do desemprego na última década.

Ainda que o índice de desemprego possa variar de região para região, de estado para estado e de cidade para cidade, os números disponíveis mostram que, em maior ou menor grau, todas as cidades acabam, no final das contas, sendo atingidas pelo fenômeno, cujas causas fundamentais são, a nosso ver, macroeconômicas — ligadas, como já dissemos anteriormente, principalmente ao baixo crescimento da economia brasileira na última década, à abertura comercial patrocinada pelos sucessivos governos neoliberais dos anos 90 e à terceira revolução industrial que atinge os setores de ponta da economia brasileira. Mesmo que assim não fosse, seria muito difícil, ou mesmo impossível, a existência, para uma cidade ou região, de um oásis de prosperidade em meio à desgraça. Até porque os “desgraçados” deslocar-se-iam desesperados para o “paraíso” em busca de guarida e de melhores dias. E acabariam, por conseguinte, com a tranqüilidade do paraíso, transformando-o num inferno como outro qualquer.

4. Caracterização da cidade de Jundiaí, Lei nº 4.385, de 04.07.1994, e posicionamento da Prefeitura diante dos vendedores de rua.

A cidade de Jundiaí, com seus 322.798 habitantes, segundo o último Censo Demográfico de 2000 do IBGE – 92,8% dessa população reside na área urbana do município – é uma cidade situada a meio-caminho entre dois grandes centros urbanos (a 63 Km de São Paulo e a 40 Km de Campinas), “cortada” por duas importantes rodovias do Estado de São Paulo (a Anhangüera e a Bandeirantes) e privilegiada sob o ponto de vista econômico. Segundo os dados de que dispomos, fornecidos pela Coordenadoria Municipal de Planejamento e Meio Ambiente, ligada à Prefeitura do Município de Jundiaí¹⁴, possuía em 1997 um total de 486 indústrias e 6.206 estabeleci-

mentos comerciais. Ainda que a maior parte das empresas da cidade seja comercial, “é o setor industrial que produz o maior volume de riquezas”, empregando “cerca de 50% da população economicamente ativa de Jundiá”. De um total de 94.140 domicílios existentes na cidade em 1997, 93.879 (ou seja, 99,7%) possuíam abastecimento de água e 85.833 (91,1%) tinham esgotamento sanitário. Cerca de 66% dos domicílios eram próprios, contra 21,5% de alugados. A mortalidade infantil no município, em 1995, de 20 crianças a cada mil nascidas, estava abaixo do índice estabelecido pela Unicef como tolerável (36). Em suma, para não nos alongarmos na lista sobre os aspectos positivos do município de Jundiá, diríamos que ele é classificado pela Fundação Seade como “município-pólo”, ou seja, dentre os 645 municípios do Estado de São Paulo, Jundiá pertence ao seletto grupo de 84 municípios que possuem os melhores índices de riqueza, longevidade e escolaridade, constituindo-se, por isso em pólo regional de desenvolvimento.

Entretanto, a cidade de Jundiá, ainda que possa ser considerada uma cidade próspera e com uma ampla estrutura industrial e de serviços, não está imune ao problema representado pelo mercado de trabalho informal, e a existência de vendedores perambulando pelas ruas da cidade, principalmente no centro, evidencia isto.

Como já dissemos, entre novembro de 2000 e janeiro de 2001 entrevistamos 95 vendedores de rua com o objetivo de obter informações sobre as razões que levam esses trabalhadores a ingressar no mercado informal e sobre as condições de trabalho e de ganho vigentes nesse tipo de ocupação. Também procuramos analisar como os trabalhadores do mercado informal compararam sua atual situação com a situação anterior de trabalho – obviamente, quando existente – e quais são suas perspectivas de trabalho e de vida futuras.

Trabalhamos com uma “amostra aleatória” que revelou possuir uma certa significância estatística. Isto porque, dos 95 entrevistados, 50 declararam ser cadastrados na Prefeitura (conforme dados da Tabela 42) e, segundo dados que nos foi fornecido pela própria Prefeitura, o universo de vendedores cadastrados é de exatamente 155 pessoas. Ou seja, dessas 155 pessoas cadastradas, 32,25% foram entrevistadas¹⁵. A partir desses dados, poderíamos *estimar* que a população de vendedores não-cadastrados seja de cerca de 140 vendedores¹⁶, o que significaria, por sua vez, a existência de um total geral de cerca de 295 vendedores de rua em Jundiá, entre cadastrados e não-cadastrados.

¹⁴ Esses dados constam da publicação “Perfil do Município”, Cadernos de Planejamento, volume I, Coordenadoria Municipal de Planejamento e Meio Ambiente, Prefeitura do Município de Jundiá, Jundiá, 1998.

¹⁵ Esses dados não podem ser considerados rigorosamente pertinentes e devem ser encarados com uma certa reserva, pois, uma vez que não exigimos comprovação documental do cadastro dos vendedores junto à Prefeitura – como pesquisadores, não poderíamos fazer esse tipo de exigência —, muito provavelmente muitas respostas foram falseadas por desconfiança ou receio de algum tipo de fiscalização.

A Lei municipal que trata do comércio e dos serviços ambulantes em Jundiá, atualmente em vigor, é a de nº 4.385, de 04.07.1994. O Capítulo I dessa Lei (artigos 2º ao 11º) define a “conceituação” de ambulante¹⁷ e atribui à “Comissão de Atividade do Ambulante”, criada pelo artigo 7º da Lei e presidida pelo Secretário Municipal de Finanças, a tarefa de regulamentar e controlar esse tipo de atividade na cidade. O Capítulo II trata das regras para o “licenciamento” do ambulante, o Capítulo III, dos “limites de atuação”, o capítulo IV define os “deveres e as proibições” e os capítulos V e VI tratam da “fiscalização” e das “penalidades”, respectivamente.

O artigo 4º da Lei divide os ambulantes, “do ponto de vista da condição física”, nas seguintes categorias: “deficientes físicos”, “sexagenários” e “fisicamente capazes”. Isto, a nosso ver, é indicativo de que a legislação objetivava conceder licenças, prioritariamente, às pessoas portadoras de deficiência física e às pessoas com mais de 60 anos, não excluída, entretanto, a possibilidade de que outros, que não se enquadrassem naquelas duas definições, viessem a obter autorização do poder público para atuar como vendedores ambulantes¹⁸.

Segundo informações obtidas a partir de uma entrevista que fizemos com assessores do prefeito, na sede da Prefeitura Municipal de Jundiá¹⁹, há 155 vendedores de rua *licenciados e cadastrados* na Prefeitura. Sobre os “*ilegais*” não há dados. A política da Prefeitura, segundo nos informaram, é *coibir* e não regulamentar o trabalho do vendedor ambulante, pois, disseram-nos, “se legaliza, incentiva”. A atual administração, que assumiu o poder municipal em 1997, adotou a política de contenção dos ambulantes, principalmente nas áreas centrais, para fortalecer o comércio estabelecido e também porque, segundo nos argumentaram, o centro é pequeno e o comércio ambulante prejudica até mesmo os transeuntes. “O comércio ambulante cria em seu entorno um ambiente negativo, propício às drogas, aos

¹⁶ Cabe observar que, quanto maior o número dos vendedores não-cadastrados que declararam, na entrevista, ser cadastrados, maior é o número dos primeiros.

¹⁷ Artigo 3º: “considera-se vendedor ou prestador de serviços nas vias e logradouros públicos, reconhecido como ambulante, a pessoa física, civilmente capaz, que exerça atividade por conta própria, desde que devidamente autorizada pelo Poder Público competente”.

¹⁸ O termo “fisicamente capazes”, definido pela legislação, é impreciso e preconceituoso, pois parte do princípio de que as pessoas com mais de 60 anos e os deficientes físicos são fisicamente incapazes. Ora, a maioria dos trabalhadores com mais de 60 anos têm dificuldade de se inserir no mercado de trabalho formal não porque sejam fisicamente incapazes, mas pelo próprio preconceito dos empregadores em relação a essa força de trabalho. Por outro lado, os deficientes físicos não são necessariamente incapazes fisicamente para todo tipo de tarefa, pois se o fossem como poderiam atuar como ambulantes?...

¹⁹ No dia 10.04.2001 estivemos na Prefeitura Municipal de Jundiá e entrevistamos o Secretário Municipal de Finanças, Sr. Wilson Roberto Engholm, a chefe da Divisão de Fiscalização do Comércio, Sra. Mônica Maria da Silva e o Dr. José Jair Ferraretto, Secretário Municipal da Casa Civil. O Sr. Wilson Roberto Engholm, conforme determina a Lei nº 4085, de 04.07.1994, é o presidente da “Comissão de Atividade do Ambulante”.

assaltos etc.” e “o que queremos é a proteção dos munícipes” disse-nos um dos entrevistados. Além disso, Jundiaí é muito próxima de São Paulo e de Campinas e a administração municipal está muito atenta a isto. Resultado: a partir de 1997 a Prefeitura não cadastrou mais ninguém, apesar de existir uma média de cinco a dez pedidos de regularização por mês. Isto porque, “se ele consegue o alvará é difícil reverter, enquanto que se está na ilegalidade é mais fácil coibir”. Coibir esse tipo de atividade no centro, tolerando-a nos bairros, parece ser o objetivo da Prefeitura. Em feriados especiais – finados, carnaval etc – a Prefeitura, “para evitar que poucos vendam”, abre inscrições para os ambulantes interessados em trabalhar, cobra deles uma taxa e determina o que eles venderão, visto que, segundo nos disseram, “é melhor sair na frente para controlar do que correr atrás”. Atualmente, a Prefeitura dispõe de quinze funcionários para fiscalizar os ambulantes e de mais sete para fiscalizar o comércio estabelecido. Em suma, sempre segundo nossos entrevistados, graças à pressão do poder público, à falta de espaço e ao fato de que “em Jundiaí não há desemprego”, o mercado informal nesta cidade é pequeno.

5. Análise dos dados.

A população entrevistada é majoritariamente masculina. Conforme dados da Tabela 5, dos 95 vendedores entrevistados, 64 (67%) são homens e 31 (33%) são mulheres.

Tabela 5
Sexo dos entrevistados

sexo	nº de entrevistados	porcentagem (%)
masculino	64	67
feminino	31	33
total	95	100

A Tabela 6 mostra-nos que há poucos jovens com menos de vinte anos atuando nesse mercado: apenas quatro (4,2%). Em contrapartida, 43 trabalhadores (45,3%, portanto, quase a metade) estão entre 31 e 50 anos. Chama a atenção, também, dentro do universo pesquisado, a grande quantidade de trabalhadores com mais de 60 anos (22, representando 23,1%), que atualmente trabalham nas ruas de Jundiaí. Isto, a nosso ver, explica-se por duas razões fundamentais: a primeira é a necessidade de sobrevivência econômica, impossibilitada, se dependente apenas e tão-somente dos poucos recursos recebidos mensalmente da previdência social – lembremos que dos cerca de 18 milhões de segurados da previdência social no Brasil, aproximadamente 12 milhões (2/3) recebem um salário mínimo mensal; segundo, porque a legislação da Prefeitura Municipal de Jundiaí que trata do comércio e dos serviços ambulantes — Lei municipal nº 4.385, de

04.07.1994, à qual aludimos anteriormente — facilita a concessão de licença para os chamados “sexagenários”, citando-os explicitamente em seu artigo 4º.

Tabela 6
Faixa etária

idade	nº de entrevistados	porcentagem (%)
menos de 20 anos	04	4,2
de 21 a 30 anos	13	13,7
de 31 a 40 anos	25	26,3
de 41 a 50 anos	18	19,0
de 51 a 60 anos	13	13,7
mais de 60 anos	22	23,1
total	95	100,0

A Tabela 7, a seguir, mostra-nos que a maior parte dos entrevistados (55,8% do total) é casada, enquanto que 18,9% são solteiros e 10,5% são viúvos. Dentro do universo pesquisado, conforme dados da Tabela 8, 75 entrevistados (79%) disseram ter filhos e o número de filhos que têm pode ser visualizado na Tabela 9. Poderíamos afirmar a partir de tais dados que a maioria da população entrevistada possui família sob sua (parcial ou total) responsabilidade. A Tabela 10 refere-se à idade dos filhos, a Tabela 11 à freqüência à escola e a Tabela 12 ao tipo de escola que freqüentam. Como era de esperar, numa população com esse perfil socioeconômico, a esmagadora maioria dos filhos dos vendedores de rua (88,2%) freqüenta a escola pública e apenas 5,9% declararam que os filhos freqüentam escolas particulares. Pela Tabela 13 podemos perceber que 21,2% disseram receber ajuda dos filhos no trabalho.

Tabela 7
Estado civil

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
casado	53	55,8
solteiro	18	18,9
viúvo	10	10,5
outros	14	14,0
total	95	100,0

Tabela 8
Filhos

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
possui	75	79,0
não possui	13	13,7
não responderam	07	7,3
total	95	100,0

Tabela 9

nº filhos	nº entrevistados	porcentagem (%)
um	13	13,7
dois	23	24,2
três	11	11,6
quatro	09	9,5
cinco	18	18,9
não possuem ou não responderam	21	22,1
total	95	100,0

Tabela 10
Idade dos filhos

idade	nº de filhos	porcentagem (%)
0 a 10 anos	59	25,1
10 a 20 anos	59	25,1
+ de 20 anos	117	49,8
total	235	100,0

Tabela 11
Frequência à escola dos filhos

	nº de filhos	porcentagem (%)
sim	152	64,7
não	61	26,0
não responderam	22	9,3
total	235	100,0

Tabela 12
Tipo de escola freqüentada

	nº de filhos	porcentagem (%)
municipal	59	38,8
estadual	75	49,4
particular	09	5,9
Não responderam	09	5,9
total	152	100,0

Tabela 13
Os filhos ajudam você no trabalho?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	16	21,3
não	47	62,7
não responderam	12	16,0
total	75	100,0

No que se refere à origem dos vendedores de rua de Jundiáí (Tabela 14), apenas 24,2% deles nasceram em Jundiáí, sendo que 44,2% são oriundos de cidades localizadas fora do Estado de São Paulo, com destaque especial para cidades do Nordeste (23 entrevistados declararam ter vindo de cidades nordestinas). O local de moradia da maioria deles é a própria cidade de Jundiáí, seguido da cidade vizinha de Várzea Paulista (15,8%), conforme expresso na Tabela 15. A maioria absoluta dos moradores de Jundiáí (70,8%) reside na cidade há mais de dez anos (Tabela 16) e 61% do total dos entrevistados declararam morar em casa própria, contra 30,5% que declararam pagar aluguel (Tabela 17). O número de pessoas que moram nas casas dos entrevistados aparece na Tabela 18.

Tabela 14
Cidade de Origem

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
Jundiáí	23	24,2
outra cidades do Estado S.Paulo	29	30,5
outros Estados	42	44,2
não responderam	01	1,1
total	95	100,0

Tabela 15
Local de moradia

cidade	nº de entrevistados	porcentagem (%)
Jundiáí	72	75,8
Várzea Paulista	15	15,8
outras cidades	06	6,3
não responderam	02	2,1
total	95	100,0

Tabela 16
Tempo de moradia em Jundiáí

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
0 a 2 anos	03	4,2
3 a 5 anos	05	6,9
5 a 10 anos	09	12,5
+ de 10 anos	51	70,8
não responderam	04	5,6
total	72	100,0

Tabela 17
Tipo de moradia

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
própria	58	61,0
alugada	29	30,5
não responderam	08	8,5
total	95	100,0

Tabela 18
Total de pessoas que moram na sua casa

	nº entrevistados	porcentagem (%)
mora sozinho	3	3,1
duas pessoas	13	13,6
três pessoas	12	12,7
quatro pessoas	34	35,8
cinco pessoas	12	12,7
seis pessoas	8	8,4
mais de sete pessoas	13	13,7
total	95	100,0

No que respeita à escolaridade da população pesquisada, o resultado era o que, de certa forma, o grupo de pesquisadores esperava: a maioria dos trabalhadores informais possui um baixíssimo nível escolar – 10,5% dos trabalhadores nunca freqüentaram a escola e 53,7% possuem de um a quatro anos de escolaridade, resultando, portanto, num total de 64,2% de trabalhadores com até quatro anos de escolaridade, ~~conforme e dados da Tabela 18~~²⁰ Ou seja, trata-se de uma população trabalhadora que, num mercado de trabalho cada vez mais seletivo e restrito, encontra dificuldades para se inserir no mercado formal de trabalho, até porque, como vimos anteriormente, esse mercado formal se retrai nos anos 90, torna-se cada vez mais exigente e paga salários cada vez piores para a população de baixa escolaridade e de baixa qualificação profissional. Transformarem-se, pois, em vendedores de rua parece ser a única saída imediata para esses trabalhadores. Uma outra hipótese confirmada através de nossa pesquisa é que, uma vez nas ruas, muitos não se interessam em retornar a um emprego formal com baixa remuneração, alegando que ganhariam muito menos do que nas ruas, neste caso, esquecendo-se, em razão mesmo da necessidade de sobrevivência imediata, dos benefícios sociais-trabalhistas aos quais a esmagadora maioria deles não tem acesso no mercado de trabalho informal.

Tabela 19
Escolaridade

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
não freqüentou a escola	10	10,5
1ª à 4ª série	51	53,7
5ª a 8ª série	16	16,8
2º grau incompleto	10	10,5
2º grau completo	05	5,3
3º grau incompleto	02	2,1
não respondeu	01	1,1
total	95	100,0

²⁰ No que respeita à escolaridade, uma outra pesquisa realizada recentemente na cidade de Campinas, próxima a Jundiaí, pelo Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (Cesit), do Instituto de Economia da Unicamp, em convênio com os Serviços Técnicos Gerais de Campinas (SETEC), órgão da Prefeitura Municipal de Campinas – a pesquisa foi divulgada pela Folha de São Paulo em 14 julho de 2001 —, chegou a números um pouco melhores que esses de nossa pesquisa. Dos 544 trabalhadores do mercado informal entrevistados – num universo calculado em pelo menos 2 mil trabalhadores —, que atuam na região central de Campinas, 43% estudaram até a 4ª série. Conforme Trabalhadores do Comércio Ambulante de Campinas – diagnóstico sobre as condições de trabalho. Campinas (SP): SETEC – Serviços Técnicos Gerais (Prefeitura Municipal de Campinas)/CESIT – Instituto de Economia da Unicamp, 2001, e reportagem MAIORIA dos camelôs tinha emprego formal, Folha de São Paulo, São Paulo, 14.07.2001, p. C-1.

Quando perguntados se possuíam emprego antes de serem vendedores de rua, a maioria esmagadora dos entrevistados (81%) respondeu afirmativamente (Tabela 20)²¹. Pela Tabela 21 podemos perceber que 32,6% dos trabalhadores pesquisados declararam que tiveram uma profissão ligada ao setor industrial, seguidos pelos que disseram ter tido profissões ligadas ao comércio (10,5%), à construção civil (9,5%) e ao setor prestador de serviços (9,5%). A Tabela 22 mostra o tempo que exerceram a profissão declarada.

Tabela 20
Antes de ser vendedor de rua,
estava empregado?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	77	81,0
não	12	12,7
não responderam	06	6,3
total	95	100,0

Tabela 21
Em que setor exercia a profissão?

setor	nº de entrevistados	porcentagem (%)
indústria	31	32,5
comércio	10	10,5
construção civil	09	9,5
serviços	09	9,5
empregada doméstica	07	7,4
transporte	05	5,3
agricultura (bóia-fria)	03	3,2
setor público	02	2,1
outros	07	7,4
não exerciam nenhuma profissão	12	12,5
total	95	100,0

²¹ É interessante observar que a pesquisa realizada em Campinas, à qual nos referimos anteriormente, constatou que 66% dos trabalhadores do comércio informal de Campinas estavam empregados, e não desempregados, tendo optado, ao que parece, pelo mercado informal, em razão de uma perspectiva imediata de ganhar mais: a média salarial mensal dos ambulantes de Campinas seria de R\$ 451,52, segundo a pesquisa, contra uma média mensal de R\$ 230,00 do mercado de trabalho formal, com registro em carteira. Conforme Trabalhadores do Comércio Ambulante de Campinas – diagnóstico sobre as condições de trabalho. Campinas (SP): SETEC – Serviços Técnicos Gerais (Prefeitura Municipal de Campinas)/CESIT – Instituto de Economia da Unicamp, 2001, e reportagem MAIORIA dos camelôs tinha emprego formal, Folha de São Paulo, São Paulo, 14.07.2001, p. C-1. Essa média salarial mensal dos vendedores de rua de Campinas é muito próxima a média constatada por esta nossa pesquisa, conforme veremos mais adiante.

Tabela 22
Tempo que exerceu essa atividade

	nº entrevistados	porcentagem (%)
0 a 1 ano	12	15,6
1 a 2 anos	15	19,5
3 a 4 anos	10	13,0
mais de 4 anos	37	48,0
não responderam	03	3,9
total	77	100,0

Pela Tabela 23, abaixo, podemos observar que a esmagadora maioria dos que declararam ter exercido uma profissão anterior, tinha registro em carteira.

Tabela 23
Possuía carteira de trabalho assinada?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	66	85,7
não	10	13,0
não responderam	01	1,3
total	77	100,0

A Tabela 24, a seguir, mostra o motivo da saída do emprego: a maioria dos entrevistados respondeu que foi *obrigada* a deixar o emprego, seja por motivo de demissão (44,2%), seja mesmo porque as empresas em que trabalhavam faliram ou fecharam (18,2%). Observemos, entretanto, que é grande a porcentagem dos que declararam ter pedido demissão (33,8%). Ora, presume-se que esses trabalhadores que pediram demissão o fizeram, sobretudo, porque eram tão mal remunerados, que trocar o emprego certo, mas insuficiente para garantir a sobrevivência imediata, pelo trabalho incerto, neste caso, não faria muita diferença. Depois que saíram do emprego, 65% dos entrevistados tentaram encontrar um emprego formal, mas não conseguiram achá-lo (Tabela 25). A Tabela 26 mostra por quanto tempo eles ficaram à procura de um novo emprego.

Tabela 24
Motivo da saída do emprego.

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
foi demitido	34	44,2
a empresa faliu/fechou	14	18,2
pediu demissão	26	33,2
aposentadoria	02	2,6
não responderam	01	1,2
total	77	100,0

Tabela 25

Depois da saída do emprego, houve tentativas de encontrar um emprego com carteira assinada?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	50	65%
não	27	35%
total	77	100%

Tabela 26
Por quanto tempo procurou emprego?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
1 a 6 meses	17	34
6 meses a 1 ano	08	16
1 a 2 anos	09	18
mais de 2 anos	11	22
não responderam	05	10
total	50	100

Sobre as razões que levaram os trabalhadores entrevistados a ingressarem no mercado de trabalho informal, 40% referiram-se às dificuldades de encontrar um emprego formal, com carteira de trabalho assinada. A “necessidade de sobrevivência” veio em segundo lugar, com 21,1% das respostas e a perspectiva de “ganhar mais” – muito ligada, diga-se de passagem, à “necessidade de sobrevivência” – ficou em terceiro lugar, conforme pode ser observado pela Tabela 27, abaixo.

Tabela 27

Razão do ingresso no mercado informal

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
não encontrou emprego formal	38	40,0
necessidade de sobrevivência	20	21,1
possibilidade de ganhar mais	09	9,5
maior autonomia/o serviço é melhor	11	11,6
outras respostas	12	12,6
não responderam	05	5,2
total	95	100,0

Uma vez no mercado de trabalho informal, é relativamente difícil voltar a ter um emprego com carteira de trabalho assinada. 47,4% dos trabalhadores entrevistados declararam estar na informalidade há mais de quatro anos, conforme Tabela 28. Duas razões fundamentais, a nosso ver, explicam isto: em primeiro lugar, como vimos anteriormente (Tabela 4) o número dos assalariados com carteira diminuiu assustadoramente na década de 1990; em segundo lugar, como também já tivemos a oportunidade de comentar quando aludíamos à escolaridade dos entrevistados (Tabela 19), trata-se de uma força de trabalho à qual são oferecidos, quando são oferecidos, postos de trabalho extremamente mal remunerados.

Tabela 28
Tempo que está nessa atividade informal

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
de zero a 1 ano	19	20,0
de 1 a 2 anos	13	13,7
de 2 a 3 anos	06	6,3
de 3 a 4 anos	08	8,4
mais de 4 anos	45	47,4
não responderam	04	4,2
total	95	100,0

A esmagadora maioria declarou trabalhar para si próprio (83,2%) e apenas 12,6% disseram trabalhar para terceiros (Tabela 29). 65,3% declararam trabalhar sozinho, contra 33,5% que declararam receber ajuda (Tabela 30). Dentre estes últimos, a maior parte deles recebe ajuda da própria esposa, conforme pode ser constatado pela Tabela 31.

Tabela 29

Trabalha para:

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
si próprio	79	83,2
terceiros	12	12,6
não responderam	04	4,2
total	95	100,0

Tabela 30
Trabalha sozinho?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	62	65,3
não	32	33,7
não responderam	01	1,0
total	95	100,0

Tabela 31
Com quem trabalha?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
esposa	15	46,9
filhos	07	21,9
outros	08	25
não responderam	02	6,2
total	32	100,0

No que se refere à quantidade de horas trabalhadas por dia, quase a metade dos entrevistados declararam trabalhar até oito horas diárias (seis entrevistados disseram trabalhar até quatro horas diárias, 22 entrevistados declararam que trabalham de cinco a sete horas por dia e 18 entrevistados disseram trabalhar oito horas diárias), conforme dados da Tabela 32. Quando calculamos a carga horária média de trabalho, *por dia*, dos entrevistados, chegamos a 8,9 horas (ou seja, 8h:53min). Esse número parece não muito acima da média de trabalho diária dos trabalhadores da economia formal, mas ele se mostra enganoso quando calculamos a *média* da carga horária *semanal* de trabalho dos entrevistados: 55,5 horas. Como podemos observar, esse número médio semanal está bem acima da jornada semanal de trabalho definida pela nossa Constituição (44 horas semanais). Isto porque, como mostra a Tabela 33, uma grande parte dos trabalhadores informais entrevistados declarou trabalhar seis dias por semana (44 entrevistados, representando 46,3% do total) e uma outra parte significativa declarou trabalhar sete dias por semana, ou seja, de segunda-feira até domingo, ininterruptamente (32 entrevistados, represen-

tando 33,7% do total). A Tabela 34 mostra que apenas 28,4% do universo pesquisado declarou trabalhar até 44 horas semanais.

Tabela 32
Quantidade de horas trabalhadas por dia

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
até 4 horas	06	6,3
de 5 a 7 horas	22	23,2
8 horas	18	18,9
9 horas	03	3,2
10 horas	13	13,7
11 horas	05	5,3
12 horas	12	12,5
13 horas	02	2,1
14 horas ou mais	06	6,3
não responderam	08	8,4
total	95	100,0

Carga horária média, por dia, de trabalho: 8h 53min

Tabela 33
Quantidade de dias trabalhados por semana

	nº entrevistados	porcentagem (%)
5 dias	14	14,7
6 dias	44	46,3
7 dias	32	33,7
não responderam	05	5,3
total	95	100,0

Tabela 34
Quantidade de horas trabalhadas por semana

	nº entrevistados	porcentagem (%)
até 44 horas semanais	27	28,4
de 45 a 60 horas semanais	30	31,6
de 61 a 70 horas semanais	12	12,6
mais de 71 horas semanais	18	19,0
não responderam	08	8,4
total	95	100,0

Carga horária média, por semana, de trabalho: 55h 27min

A Tabela 35 mostra-nos quanto ganham, em média, *por semana*, os trabalhadores entrevistados, segundo suas próprias declarações. Trata-se de uma questão delicada e que comporta, seguramente, um certo grau de imprecisão, por várias razões: 1ª) a esmagadora maioria dos trabalhadores informais, ainda que tenha uma idéia sobre o quanto ganha semanal e mensalmente, não sabe, exatamente, qual é esse valor, até porque não faz uma contabilidade semanal ou mensal (quanto gasta exatamente para aquisição das mercadorias, quanto foi utilizado para as despesas pessoais com transporte, alimentação etc, quanto exatamente vendeu etc.); 2ª) o ganho pode variar muito de uma semana para outra; e 3ª) esta é uma questão que, muitas vezes, causa um certo constrangimento no entrevistado, o que o leva, geralmente, a declarar um valor maior que o verdadeiro. Apesar de todas essas dificuldades, consideramos esse um dado essencial e acreditamos ter chegado a um resultado pelo menos aproximado da realidade. A Tabela 35 mostra que a maioria dos entrevistados (56,8%) declarou ganhar até R\$ 150,00, 17,9% declararam ganhar entre R\$ 151,00 e R\$ 300,00, e 11,6%, de R\$ 301,00 a R\$ 600,00. Quando calculamos a *média salarial semanal* dos entrevistados, chegamos a R\$ 122,71, o que significa, considerando que um mês tenha, em média, quatro semanas, uma *média salarial mensal* de R\$ 490,84²². Ora, não nos esqueçamos que tal média salarial mensal refere-se a uma jornada de trabalho *semanal* de 55h 27min, 26% maior que a jornada de trabalho legal de 44 horas semanais. Fazendo uma conta simples, poderíamos dizer que, se os vendedores de rua trabalhassem 44 horas semanais, a média salarial mensal seria de R\$ 389,48. Se considerarmos que a maioria não tem nenhum dos benefícios sociais-trabalhistas que possuem os trabalhadores do setor formal – férias, décimo-terceiro salário, final de semana remunerado, previdência social etc —, poderíamos dizer que a percepção existente entre eles de que ganham mais nas ruas do que ganhariam num emprego formal é, em grande parte, ilusória. Na verdade, trabalham muito e ganham pouco, salvo honrosas exceções.

Tabela 35
Faixa de renda semanal dos vendedores de rua de Jundiá

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
até R\$ 150,00	54	56,8
de R\$ 151,00 a R\$ 300,00	17	17,9
de R\$ 301,00 a R\$ 600,00	11	11,6
de R\$ 601,00 a R\$ 1.000,00	01	1,1
não responderam	12	12,6
total	95	100,0

**Ganho médio dos vendedores de rua de Jundiá: semanal:
R\$ 122,71 mensal: R\$ 490,84**

²² A pesquisa realizada em Campinas (SP), à qual nos referimos anteriormente, chega a um rendimento médio dos ambulantes muito próximo ao que chegamos: R\$ 451,42 por 11 horas de

A Tabela 36 mostra a faixa de renda mensal da família dos entrevistados. Podemos observar que a faixa de renda mensal familiar mais expressiva é a que vai de R\$ 301,00 a R\$ 600,00, representando 31,6% do total, seguida pela faixa que vai de R\$ 601,00 a R\$ 1.000,00 (25,3%).

Tabela 36
Faixa de renda mensal das famílias
dos vendedores de rua de Jundiáí

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
de R\$ 151,00 a R\$ 300,00	06	6,3
de R\$ 301,00 a R\$ 600,00	30	31,6
de R\$ 601,00 a R\$ 1.000,00	24	25,3
mais de R\$ 1.001,00	22	23,1
não responderam	13	13,7
total	95	100,0

A Tabela 37 mostra a comparação feita pelos entrevistados entre sua situação de trabalho atual e a situação de trabalho anterior. Como pode ser observado, 49,5% avaliam como melhor sua atividade atual, contra 41% que declararam que a situação anterior de trabalho era melhor. A Tabela 38, por sua vez, mostra-nos que a maioria dos entrevistados (53,7%), se pudesse, voltaria a ser empregado, contra 34,7% que declararam que não abandonariam sua atividade atual por um emprego. Neste último caso, o que pesa na preferência por um emprego, é uma certa segurança (de ganho e de outros benefícios) que ele representa, contraposta à insegurança típica nas ruas. Foi muito comum respostas que se referiam à estabilidade, à segurança e aos benefícios sociais-trabalhistas garantidos pelo emprego formal: “a gente trabalha, tem os direitos de médico e carteira registrada”, afirmou um dos entrevistados; “tem abono, seguro-desemprego, cesta básica e aqui só tem o que você ganha”, disse-nos um outro. Ocorre que a insegurança das ruas, para muitos, significa, por outro lado, maiores rendimentos imediatos, o que os faz avaliar as atividades de vendedores de rua como melhores, quando comparadas com a situação anterior de trabalho. “O salário oferecido é muito pequeno”, num emprego “não conseguiria ganhar a mesma coisa”, foram as frases mais ouvidas pelos

trabalho diárias. Os homens ganham, em média, R\$ 492,46 mensais e as mulheres, R\$ 404,56. Conforme Trabalhadores do Comércio Ambulante de Campinas – diagnostico sobre as condições de trabalho. Campinas (SP): SETEC – Serviços Técnicos Gerais (Prefeitura Municipal de Campinas)/CESIT – Instituto de Economia da Unicamp, 2001 e reportagem MAIORIA dos camelôs tinha emprego formal, Folha de São Paulo, São Paulo, 14.07.2001, p. C-1.

entrevistadores. Houve, também, uma ou outra referência à questão da autonomia que o trabalho na rua oferece: “não gosto de patrão”, resumiu um dos trabalhadores entrevistados.

Tabela 37
Segundo sua avaliação, o que é melhor?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sua atividade atual	47	49,5
sua situação de trabalho anterior	39	41,0
não responderam	09	9,5
total	95	100,0

Tabela 38
Se pudesse, voltaria a ser empregado?

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
sim	51	53,7
não	33	34,7
não responderam	11	11,6
total	95	100,0

A Tabela 39 revela que a maioria dos entrevistados (53,7%) “optou” por vender comestíveis nas ruas, muito provavelmente em razão de exigir menores investimentos iniciais – isto no caso de balas, chocolates etc —, ser mais fácil de transportar e chamar menos a atenção da fiscalização do que a venda de eletroeletrônicos, cigarros contrabandeados e CD’s piratas. Uma parte dos vendedores (9,5%) trabalha com a venda de passes de ônibus e 25,2% do total vendem várias coisas ao mesmo tempo. Conforme a Tabela 40, 42,1% dos entrevistados declararam adquirir as mercadorias em distribuidores locais, 30,5% em São Paulo e apenas 5,2% fabricam as mercadorias que vendem. A maioria (66,3%) declarou ter ponto fixo, contra 32,6% que declararam ser ambulantes (Tabela 41) e 52,6% dos entrevistados declararam ter seus negócios legalizados pela Prefeitura (Tabela 42). A Tabela 43 mostra que 53,7% declararam vender mais barato do que a loja, contra 35,8% que declararam que não.

Tabela 39
Produtos comercializados

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
comestíveis	51	53,7
passes de ônibus	09	9,5
eletroeletrônicos	04	4,2
cigarros	02	2,1
CD's	02	2,1
diversos	24	25,2
não responderam	03	3,2
total	95	100,0

Tabela 40
Origem das mercadorias

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
distribuidores locais	40	42,1
São Paulo	29	30,5
fabricação própria	05	5,3
não responderam	21	22,1
total	95	100,0

Tabela 41
Natureza do "ponto"

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
ponto fixo	63	66,3
não-fixo	31	32,6
não responderam	01	1,1
total	95	100,0

Tabela 42
É legalizado pela Prefeitura?

	nº de entrevistados	Porcentagem (%)
sim	50	52,6
não	43	45,3
não responderam	02	2,
total	95	100,0

Tabela 43
Preço dos produtos vendidos

	nº entrevistados	porcentagem (%)
mais baratos que as “lojas”	51	53,7
mais caros que as “lojas”	34	35,8
não sabem ou não responderam	10	10,5
total	95	100,0

A rede pública de saúde, em caso de doenças, é que atende essa população, conforme Tabela 44, abaixo.

Tabela 44
Serviços de saúde

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
utiliza a rede pública de saúde	72	75,8
utiliza a rede particular	10	10,5
outros	10	10,5
não responderam	03	3,2
total	95	100,0

Finalmente, as Tabelas 45 e 46, abaixo, revelam as opções político-eleitorais dos entrevistados nas últimas eleições municipais e presidenciais, respectivamente. No nível municipal, 41,1% dos entrevistados declararam ter votado no candidato Miguel Hadad, do PSDB, e 10,5% votaram no candidato Pedro Bigard, do PT; 30,5% declararam não ter votado. Nas eleições presidenciais de 1998, 47,4% optaram por Fernando Henrique Cardoso, contra 13,7% que votaram em Luís Ignácio Lula da Silva e 33,7% declararam não ter votado.

Tabela 45
Voto na última eleição municipal

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
Miguel Hadad (PSDB)	39	41,1
Pedro Bigard (PT)	10	10,5
outros	04	4,2
não votaram	29	30,5
não responderam	13	13,7
total	95	100,0

Tabela 46
Voto na última eleição presidencial

	nº de entrevistados	porcentagem (%)
Fernando Henrique Cardoso	45	47,4
Luís Ignácio Lula da Silva	13	13,7
Ciro Gomes	02	2,1
não votou	32	33,7
não responderam	03	3,1
total	95	100,0

6. Considerações finais.

Como podemos observar, esse conjunto de informações originais sobre os vendedores de rua de Jundiá mostra-nos que se trata de uma população *majoritariamente* constituída de pessoas com mais de 30 anos de idade, casada, com filhos, com um baixíssimo nível de escolaridade e que, ao perder o emprego, tem dificuldade de se inserir no mercado formal de trabalho, restando, portanto, como alternativa, transformar-se em vendedores de rua. Além disso, pudemos constatar, como já comentado anteriormente, que trabalham, em média, nove horas por dia e 55 horas por semana, recebendo por essa atividade, em média, R\$ 490,00 mensais.

Ora, o ganho proporcionado pelo trabalho nas ruas, para muitos trabalhadores, aparece como sendo maior do que o salário que aufeririam no mercado de trabalho formal. Ocorre que não podemos nos esquecer de que esse ganho refere-se a uma jornada de trabalho semanal de 55 horas, sem a garantia de qualquer proteção social-trabalhista. Ou seja, a necessidade de sobrevivência imediata e a perspectiva (em muitos casos, ilusória) de maior ganho, criam, a nosso ver, uma percepção contraditória entre esses trabalhadores sobre a atividade que desempenham: de um lado, para muitos deles, a rua apresenta-se como melhor alternativa que um emprego formal, de outro, a maioria declarou que, se pudesse, voltaria a ser empregada, pela segurança e pelos benefícios que um emprego formal representa.

Quando perguntados sobre o que pretendiam no futuro, as respostas foram bem variadas e interessantes: muitos responderam que pretendiam “ter um emprego”, alguns sonhavam com a “casa própria”, outros com a “aposentadoria”, houve alguns entrevistados que responderam que sonhavam em “ter um negócio próprio (loja, mercearia etc), os mais jovens disseram pretender “estudar e ter uma profissão”, outros ainda disseram contentar-se com a “saúde” e “continuar trabalhando”,

dois responderam que desejavam voltar para o campo para plantar – um deles, desde que o governo realizasse uma reforma agrária – e houve quem não esperasse nada de futuro algum: “que futuro?”, respondeu um senhor de 62 anos; “daqui a pouco eu vou morrer”, declarou outro de 77 anos.

Como podemos notar, as perspectivas futuras são as mais variadas possíveis, o que, de certa forma, reflete a própria heterogeneidade desse grupo de trabalhadores. Talvez pudéssemos afirmar, para finalizar nossa análise, que essa heterogeneidade, tanto objetiva (em termos de inserção ocupacional), quanto subjetiva (em termos de diferenciadas perspectivas futuras de vida), indique-nos um enorme obstáculo à organização política desses trabalhadores, por exemplo, através de um movimento social dos vendedores de rua. A organização coletiva desses trabalhadores poderia ser um instrumento importante para a obtenção de concessões do Poder Público, que pudessem minorar o drama do mercado informal de trabalho ou, pelo menos, melhorar as condições de trabalho desses vendedores. Mas, repetimos mais uma vez, tal organização política parece difícil de ser viabilizada em meio a um individualismo exacerbado existente entre eles e, se vier a existir, acreditamos que tenderá a atacar as questões mais imediatas, não atacando e questionando as verdadeiras causas do problema.

7. Bibliografia.

ANDERSON, Perry. (1995). Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & Gentili, Pablo (orgs.), *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

BOITO Jr., Armando. (1999). *Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã.

CASTELO, Jorge Pinheiro. (2001). O Direito do Trabalho do século novo. *Revista LTr*, vol. 65, nº 1. São Paulo, janeiro.

CESIT/SETEC. (2001). *Trabalhadores do Comércio Ambulante de Campinas – diagnóstico sobre as condições de trabalho*. Campinas (SP): Serviços Técnicos Gerais de Campinas-Prefeitura Municipal de Campinas, Centro de Estudos Sindicais e do Trabalho-Instituto de Economia-Unicamp.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. (2000). São Paulo: Editora Saraiva, 27ª edição.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. (1997). Estado de Direito e cidadania. *Universidade e Sociedade*, ano VII, nº 14, outubro.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. (2001). Análise de conjuntura socioeconômica e impacto no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, vol. 65, nº 4. São Paulo, abril.
- GONZALEZ, Cláudio. (2001). Trabalho Informal vira regra no país do Real. *Debate Sindical*, ano 14, nº 36. São Paulo, dezembro-janeiro e fevereiro.
- INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. (2001). Pesquisa Mensal de Emprego. *Indicadores IBGE*, agosto.
- JAKOBSEN, Kjeld et. al. (orgs). (2000). *Mapa do Trabalho Informal – Perfil socioeconômico dos trabalhadores informais na cidade de São Paulo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- JAKOBSEN, Kjeld A. (2000). A dimensão do trabalho informal na América Latina e no Brasil. In: JAKOBSEN, Kjeld, MARTINS, Renato & DOMBROWSKI, Osmir, (orgs.), *Mapa do Trabalho Informal – Perfil socioeconômico dos trabalhadores informais na cidade de São Paulo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- MARGARIDO, Ana Paula. (2001). Maioria dos camelôs tinha emprego formal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 de julho.
- MARTINE, George. (1987). Êxodo rural, concentração urbana e fronteira agrícola. In: MARTINE, George & GARCIA, Ronaldo C. (orgs), *Os Impactos Sociais da Modernização Agrícola*. São Paulo: Editora Caetés.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. (1999). Os atuais instrumentos de flexibilização do Direito do Trabalho. *Revista LTr*, vol. 63, nº 9. São Paulo, setembro.
- _____. (2000). Os princípios do Direito do Trabalho e a flexibilização ou desregulamentação. *Revista LTr*, vol. 64, nº 7. São Paulo, julho.
- MATTOSO, Jorge. (1999). *O Brasil Desempregado – como foram destruídos mais de 3 milhões de empregos nos anos 90*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

- MARX, Karl. (1985). *O Capital*, vol.1, livro primeiro, tomo 2. São Paulo: Nova Cultural, 2ª edição.
- NÚMEROS – O Brasil no mundo (2001). *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 de outubro.
- OLIVEIRA, Francisco de. (2001). Novo poder econômico gera crise política. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 07 de maio.
- PINHEIRO, Liliana. (2000). Governo prepara combate ao trabalho informal. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 06 de fevereiro.
- PREFEITURA do Município de Jundiaí. (1998). Perfil do Município. *Cadernos de Planejamento*, vol. 1. Jundiaí (SP): Coordenadoria Municipal de Planejamento e Meio Ambiente-Prefeitura do Município de Jundiaí.
- SAES, Décio. (1996). O governo FHC e o campo político conservador. In: REBELO, Aldo et al., *Reeleição: escalada contra a democracia*. São Paulo: Editora Anita Garibaldi.
- SINGER, Paul. (2000). O Trabalho Informal e a Luta da Classe Operária. In: JAKOBSEN, Kjeld, MARTINS, Renato & DOMBROWSKI, Osmir, (orgs.), *Mapa do Trabalho Informal – Perfil socioeconômico dos trabalhadores informais na cidade de São Paulo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- WEBER, Max. (1985). *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 4ª edição.

TRÊS TEMAS DE EXECUÇÃO PENAL

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira *

Introdução

O presente trabalho visa a ressaltar a orientação geral da lei de execução penal, visando a colaborar na busca de sua compreensão enquanto subsistema visceralmente ligado ao sistema penal como um todo. Para tanto, há que se ressaltar sua orientação valorativa, suas influências e instrumentos eleitos para a consecução de seus fins. Busca, enfim, apontar algumas contradições internas e pretensa inviabilidade de seus institutos. Apesar do enfoque predominantemente jurídico, não busca desprezar, mas pelo contrário, enfatizar o problema político que cerca o tema.

Apesar de razoável tempo de vigência, a lei de execução penal continua estigmatizada como tarefa impossível, e sua contínua violação vem provocando movimento no sentido de sua necessária reforma. Não seria mais razoável buscar sua compreensão global, assumir sua existência no campo normativo e sua irrenunciável eficácia, buscando imediatas formas de aplicação? Acreditamos na resposta positiva. Não temos, no entanto, pela dimensão do presente trabalho, a pretensão de esgotar ou analisar com minúcia cada ponto da referida lei, preferindo assim a escolha de três temas para análise, preferindo aqueles que realçam o problema levantado da falta inexplicável de eficácia da lei e a recusa em compreender seu importante papel no sistema penal brasileiro.

Serão tratados, sob o enfoque da necessidade de sistematização e compreensão global da lei de execução penal, os debatidos temas dos fins da pena, com especial enfoque de possível influência da opção legislativa da lei de execução penal frente à teoria do tipo; da necessária participação da comunidade na execução penal e da possibilidade de ocorrência de excesso na execução tanto na quantidade como na qualidade da pena imposta, ressaltando as incongruências normativas hoje presentes. Para o desenvolvimento, partiremos das seguintes premissas:

**Procurador do Estado - SP, Mestrando em Direito Penal pela PUC - SP, Pós-graduação em Direito Penal pela Universidade de Salamanca, Professor de Direito Penal da FADIPA - Jundiáí, UNIP - Campinas e do Curso Preparatório PRIMA.*

1) O Brasil é (ou busca ser) um Estado Democrático de Direito, e neste sentido há que se entender a liberdade do homem enquanto ser social¹, vindo a garantia de tal liberdade com a aplicação (não basta a formulação) da lei geral abstrata³ por órgãos de uma instituição independente. Não há que se afastar, assim, da necessidade do império da lei³, e da concepção de que tal lei seja fruto da vontade popular, por alguma de suas formas de expressão. Não é objetivo do presente trabalho desenvolver o tema das variações de tal conceito, mas tais idéias, ainda que resumidas, servirão como instrumento indispensável para as conclusões.

2) A execução penal tem como fundamento *efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*⁴. Neste sentido, há que se observar que, se é verdade que um dos principais problemas do atual direito penal brasileiro é insistir na ausência de definição de uma orientação político-criminal⁵ - sem definir para que serve o instrumento jurídico-penal em todas as suas acepções - ao menos na sua face de efetiva aplicação, ou seja, no momento da execução, a opção já foi feita: integração social. Embora tão esquecido, o art 1º da lei de execução penal se transforma com isso em um dos mais importantes de todo direito penal e processual penal, uma vez que traz expressa vertente valorativa que falta ao resto do sistema. Qualquer posição que dele se afaste, qualquer decisão que o contrarie, é ilegal e assistemática.

Perceba-se que não se quer no presente trabalho fazer apologia de supervalorização do direito penitenciário, mas sim realçar a importância de tal expressão de valor dentro de um núcleo do sistema penal. A independência da ciência penitenciária, como tanto se repete a todos os ramos do direito, não é absoluta nem poderia ser. Influencia e recebe influência de outras ciências, jurídicas ou não, penais ou extrapenais. Ocorre que, na ausência de outra expressão acerca das finalidades da pena (além do lacônico reprovação e prevenção do crime⁶), a importância de tal especificação da prevenção especial positiva traz brilho que se comunica e ocupa espaços ainda não preenchidos por outras opções políticas expressas. O que não se pode é, ao contrário, fazer uma subvalorização do tema penitenciário, já tão defendido desde Concepción Arenal⁷ e que mesmo Von Liszt entendia ser o "campo incontestavelmente mais importante da cultura do direito penal", quando

¹ Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, 1991, p. 259.

² Bobbio, Norberto et alli. *Dicionário de Política*. UNB, 5a ed., p. 401.

³ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. 10a ed., 113 e ss.

⁴ *Lei de execução penal*, art. 1o, *in fine*.

⁵ *As dificuldades criadas pela não determinação são apontadas por Claus Roxin, em Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3a ed., Vega, p. 44

⁶ Art. 59 CP, *in fine*

⁷ *Estúdios Penitenciários*, p.6 e 143

em seu Tratado de Direito Penal Alemão, lamenta que na época (1895) a legislação penitenciária ainda não havia avançado o suficiente .

Visão global da LEP no Direito e os problemas da tipicidade e da periculosidade

A influência de tal orientação na própria tipicidade penal pode ser sentida. Se a execução da pena não tem outra utilidade que não a integração social do condenado, não há razão para se condenar a atitude já integrada socialmente. É sabido que desde a ~~idéia de relevância social da ação de Welzel~~⁹ até a candente discussão no Direito brasileiro acerca da imputação objetiva¹⁰ a idéia em nada traz no que toca originalidade. Talvez sua única relevância seja atingir os operadores do direito que têm uma mentalidade bastante comum no Brasil - influenciada pelo tecnicismo jurídico com toda sua bagagem cultural e ideológica - de que a existência formal da lei é o centro do sistema, e que o mandamento abstrato tudo resolve, devendo buscar o filósofo (criminalista, político criminal, sociólogo...) alterar a legislação. Não seria mais necessário o esforço legislativo no que toca a necessidade de ausência de relevância social da ação, ou, modernamente, na necessidade de ser possível considerar a imputação objetiva do resultado, com suas novas peculiaridades. Desde 1984, o Brasil já conta com norma que deixa claro que a conduta integrada socialmente, ainda que formalmente constitua ilícito penal, não pode ser perseguida em âmbito criminal, uma vez que não teria sentido sua punição. E nem o mais técnico-formal dos operadores pode discordar que outro comportamento redundaria em antinomia.

Por outro lado, da mesma forma que influencia, a execução penal recebe influências dos outros ramos, e mesmo da realidade política, social e jurídica. Com forte influência positivista, a Lei de execução penal se pauta pela periculosidade do agente como critério para inúmeras medidas, como a classificação do reeducando, a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena em alguns casos e na concessão de benefícios como o livramento condicional. E o que seria tal periculosidade? Tradicionalmente, a potencialidade criminosa do sujeito, a probabilidade de que venha a praticar novos crimes, de acordo com os traços de sua personalidade. Tal idéia é inspirada, e totalmente compatível, com o determinismo biológico de Lombroso¹¹, sendo apurada por Garófalo¹² no que tange a terminologia e realce jurídico. É uma reação ao sistema clássico¹³, com uma visão inicial, ainda que bastante acanhada, do que seria a defesa social. Já é afastada, no entanto,

⁹ Welzel, Hans. *Um novo sistema jurídico-penal*. RT. 2001. p. 59 e ss

¹⁰ cf. Camargo, Antônio Luís Chaves de. *Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro*. Cultural paulista. 2001. p.67, 69 e ss. Galvão, Fernando. *Imputação objetiva*. Mandamentos. 2000. p. 21 e ss.

¹¹ Bruno, Aníbal. *Direito Penal*. Forense. 1959. V1. p. 99 e ss

¹² Noronha, E. Magalhães. Saraiva. 1986. p. 39 e ss

¹³ Ancel, Marc. *A nova defesa social*. Forense. 1979. p. 85.

mesmo por Gramática e Ancel¹⁴, na pregação da nova defesa social e abandonada pela doutrina não no momento atual, mas já há algumas décadas. Assim, quer pelo avanço da criminologia¹⁵, quer pelo estágio da atual política criminal, não haveria como sustentar a referida idéia de avaliar a chamada periculosidade como critério para se devolver liberdade. Mas não bastariam tais argumentos de índole material não escritos a nossos operadores viciados no jogo puramente lógico das formas. Há também argumentos escritos. A Constituição Federal assegura ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e traz como fundamentos deste estado a dignidade da pessoa humana, o pluralismo¹⁶, garantindo a todo cidadão liberdade de consciência, de crença política e de pensamento¹⁷, o que faz incompatível e inaceitável qualquer restrição de direito pela convicção ideológica, ou seja, que permita à pena buscar de forma forçosa (mediante sanção) a alteração da personalidade¹⁸. A menos que o técnico-jurista se confesse um ditador, e queira escolher as leis que prefere aplicar, ainda que ignorando aquela que mesmo tecnicamente é a maior, não há como fugir à conclusão que

" ao direito penal, no Estado de Direito, não é possível falar em periculosidade de imputável, pois, sendo a periculosidade status social, ligado ao modo de ser, a análise da periculosidade em substituição ou concomitantemente à da culpabilidade implica em julgamento pelo que se é. Ademais, além da dignidade humana não permitir qualquer espécie de ingerência na esfera íntima, os tratamentos até hoje tentados não lograram alcançar os esperados resultados de retorno social dos delinqüentes adaptados ou reeducados¹⁹ .

Entre outras relações da lei penitenciária, estas merecem apontamento pela urgência dos assuntos. É preciso, sem dúvida, compatibilizar os compartimentos do Direito, e de forma ainda mais urgente aqueles no mesmo ramo, qual seja, o direito penal, sem olvidar seu papel no Estado Brasileiro (democrático de direito). A ausência de método e unidade valorativa traz sempre, e nunca é demais repetir, a possibilidade de confusão, a incerteza, que serve a quem detém o poder, pois poderá escolher "no descontrolo" de forma arbitrária. Já passa o tempo de conceber que a ausência de segurança jurídica é fruto não do pouco desenvolvimento do Direito - ela é fruto de um desenvolvimento proposital do Direito que visa à manutenção do arbítrio.

¹⁴ Ancel, Marc. *A nova defesa social. Forense.* 1979. p. 85

¹⁵ García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminologia. RT.* 3a ed. p. 153, sobre o papel da criminologia

¹⁶ Art. 1o, III e V CF, como fundamentos da República Federativa do Brasil

¹⁷ Art. 5o, VI CF

¹⁸ Roxin, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* Vega. 3a ed. p. 41

¹⁹ Barros, Carmem Silva de Moraes. *A individualização da pena na execução penal. Rt.* 2001. p. 59. Há referência na obra, no mesmo sentido, a Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán.

Duas contradições internas da Execução Penal - regime progressivo?

A execução penal no Brasil adota o sistema progressivo como regra²⁰, inclusive como decorrência natural dos princípios constitucionais, conforme Silva Franco:

" O sistema progressivo é, em verdade, o precipitado lógico, a decorrência natural, o resultado prático de alguns princípios inseridos na Constituição Federal. É o ponto de inserção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena²¹" .

Com isso, visa a possibilitar o reingresso do reeducando na vida social, uma vez que a brusca ruptura causada pelo afastamento da sociedade e pela estigmatização²² da condenação só poderiam ser compensados por um trabalho de gradual recomposição dos laços sociais. Para tanto, utiliza-se a lei de execução penal do instituto da progressão de regime de cumprimento de pena, trazendo o reeducando de um regime de maior vigilância, qual seja, o fechado, onde há total cerceamento de sua liberdade e pouca oportunidade de convívio comum para o semi-aberto, onde lhe é devolvida parcela de sua liberdade, com menor vigilância e maior possibilidade de contato com terceiros, culminando no regime aberto, baseado na livre responsabilidade do reeducando, momento em que é praticamente liberado de forma total ao convívio social, ainda que sob controle, ao menos em teoria, por parte do Estado. Há uma lógica de integração social no processo, embora na prática nada disso seja visto. O objeto de estudo inicial, no entanto, não é a crítica à realidade dos fatos, mas à legislação (que a rege).

Outra figura é o livramento condicional, baseado aqui na intenção de reintegração do sujeito, que tenha cumprido um lapso considerável de sua pena, e cujos dados subjetivos sejam reveladores de merecimento. Aqui, percebe-se a quebra da idéia progressiva, uma vez que o sujeito sairia diretamente de um regime de cumprimento de pena mais grave para a total liberdade, ainda com menor controle que o próprio regime aberto, havendo um novo choque: se houve uma brusca retirada do sujeito à sociedade, há uma brusca devolução do mesmo, sem o trabalho de adaptação gradual do agente à sua comunidade e vice-versa, uma vez que é desnecessário repetir a evidência do preconceito e do estigma que traz um egresso²³. Aliás,

²⁰ Kuehne., Maurício. *Doutrina e Prática da Execução Penal*. Juruá. 2a ed. P. 13 e ss.

²¹ Franco. Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. RT. 4a ed. p. 161

²² *Sobre a estigmatização: Aniyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983. p 104 e ss.*

²³ Seguí, Elida. *O preso como vítima de um sistema perverso, in Temas de Vitimologia, Coord. de Ester Kosovski. Lumen Iuris. 2000. p. 85*

pouco parece resolver, para determinada vertente da criminologia, a adaptação do egresso se a comunidade não está preparada para o aceitar²⁴, e o brusco processo certamente não é o melhor caminho. Percebe-se, assim, uma contradição nos objetivos e instrumentos da execução penal, embora para seus defensores não seja tão grave a inviabilizar a lógica do sistema. Importa ressaltar ainda que o prazo para o livramento condicional (ordinário, ou seja, para o agente primário não se tratando de infração hedionda) equivale a duas progressões.

Ocorre que há determinadas infrações que não aceitam progressão de regime de cumprimento de pena, classificadas conforme autorização constitucional de hediondas. Aqui, não há possibilidade de gradual reinserção social, o que por si só seria uma aberração aos fins declarados da execução²⁵, uma vez que, ao menos com o fim da pena, (que não é nem pode ser indeterminada no Brasil, face cláusula inalterável da Constituição), o agente é lançado bruscamente de volta na comunidade. A unidade do sistema já é quebrada. E o curioso é que, para tais crimes, embora se faça necessário lapso temporal maior, há a possibilidade de livramento condicional, com a brusca soltura do reeducando. Que sistema de execução é esse? Poderá ser realmente chamado de progressivo, como insiste a doutrina, e como manda a Constituição, uma vez que a progressão seria, como demonstra Silva Franco²⁶, a única forma de coadunar a legalidade com a individualização da pena e dignidade humana (humanização da pena x necessidade da pena)? Acreditamos que não.

Quais as conseqüências de tais contradições? As soluções arbitrárias e violações aos direitos do cidadão. Pela falta de lógica na compreensão do sistema, o aplicador escolhe se adotará o rigor retributivo aferido do conjunto da lei de crimes hediondos ou a perspectiva humana e social da lei de execução que rege, de forma expressa, ser fim da pena a ressocialização. Faz assim ainda mais rigorosa e restrita concessão dos benefícios do que permite a lei, e tal cultura se propaga aos delitos não hediondos. Por outro lado, se escolhe a outra vertente, na dissonância de sistemas, escolhe como mais apropriada a brusca liberação, nos moldes da liberdade condicional, e rompe com a idéia progressiva. Mesmo o Estado, ciente de tais caminhos alternativos em face da inexistência de coerência interna na execução, não se empenha em tornar possível o regime progressivo, uma vez que a (ilegal) não liberação, ou a liberação direta, são opções que a substituem, ainda que custe o preço de tornar o ambiente jurídico instável, inseguro.

²⁴ *Importância da rotulação no processo de criminalização, que pode ser encontrada em Anyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983, p. 102*

²⁵ *Franco. Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT. 4a ed. p. 161-170*

²⁶ *op. cit.*

Da participação da comunidade na execução penal

É curioso notar a que ponto chega o equívoco do hoje chamado simbolismo penal, a partir do qual um movimento rotulado de lei e de ordem (que *lei e que ordem*²⁷?) insiste em separar a sociedade, de forma maniqueísta, em bons e maus. São bons aqueles que não cometem delitos, e maus os que o fazem. Parece ser totalmente ignorada a face totalmente desconhecida de delitos praticados por todos²⁸ (ou quase todos), como pequenos equívocos fiscais, a contribuição na sonegação de imposto quando se paga menos sem nota fiscal, quando se pratica ou se compra algo advindo de conhecido descaminho²⁹. É fácil não atentar aos outros fatores que condicionam a persecução penal, como a maior criminalização de comportamentos de determinada classe social³⁰, os delitos também escolhidos e praticados por agentes dos órgãos da persecução estatal, a preferência pela busca da criminalidade em determinadas classes sociais (como se nossos filhos, os da classe abastada, não consumissem drogas - eles são rebeldes, doentes ou imaturos, e os pobres são bandidos e traficantes). A confortável ignorância destes e tantos outros fatores causa a absoluta falta de cooperação por parte da comunidade no aperfeiçoamento da execução penal. Chega a ser entendido politicamente incorreto o auxílio aos excluídos em razão do sistema penitenciário. Por outro lado, é motivo para granjear apoio popular a certeza de crueldade com os selecionados (entre os criminosos já referidos, de todas as classes e espécies criminosas) para repressão penal, e a promessa de uma vida absolutamente desprovida de recursos no cárcere³¹.

O que parece se esquecer o referido movimento e esta mesma comunidade é que o sujeito vai voltar. Não há pena de morte ou prisão perpétua, e ele vai voltar. Como ele vai voltar? Depende do que viveu e das possibilidades de desenvolvimento de sua personalidade que teve durante o cárcere. Quanto maiores forem tais possi-

²⁷ *Atual abordagem em Faria, José Eduardo. O combate ao terror e o novo direito penal. Espaço aberto do jornal O Estado de São Paulo, 29 de outubro de 2001.*

²⁸ *García-Pablos de Molina, Antônio e Gomes, Luiz Flávio. Criminologia. RT. 3a ed. p. 70*

²⁹ *"A dicotomia homens de bem e foras da lei parece um abismo abissal, quando, na verdade, qualquer pessoa pode cometer um ilícito (...)"*. Kosóvski, Ester e Séguin, Élica. *O preso como vítima de um sistema perverso. Temas de Vitimologia, coord. de Kosóvski. Lúmen iuris. 2000. p. 64*

³⁰ *Aniyar de Castro, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983. p104 e ss.*

³¹ *Sobre o inegável caráter de castigo da pena atual a conclusão de Marques. Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena Juarez de Oliveira: " Os estudos realizados, com base na pesquisa do material utilizado, confirmam a idéia norteadora da investigação: de que o sentimento de castigo inserido nas penalidades permanece inalterado, enquanto estrutura arquetípica de origem primitiva, não obstante as correntes mais progressistas da atualidade, no âmbito da política criminal."*

bilidades, menores as chances de reincidência³². Não adianta confiar que o agente restará preso para sempre: ele voltará! E aqui cabe até mesmo a reflexão: a quem interessaria a sua volta sem qualquer chance de reinserção social, certamente mais violento e adaptado à brutalidade? Quem ganha com o clamor social pela ordem e pelo Estado policesco, com absoluta vigilância, ainda que com o sacrifício de liberdades? Que modelo cultural é esse, e como poderia ser mais distante mesmo dos ideais democráticos burgueses³³?

Olvida-se também o membro desta mesma comunidade que um dia poderá ser réu em processo criminal. Que a idéia da divisão entre bons e maus é falsa. Que um dia poderá ter seus delitos descobertos e perseguidos, na dependência dos mais diversos fatores políticos; que muitos de seus filhos usam e cedem substância entorpecente a terceiros e que seus parentes podem matar, ainda que por honra ou outro motivo que lhes pareça justificável. E o argumento de que *só ocorre para os outros* falecerá. Apenas com o início de tal reflexão é possível voltar a exigir, enquanto obrigação social, que a comunidade venha a efetivamente participar da execução penal, quer enquanto possibilidade de emprego ou consumo de produtos em face de reclusos e egressos, quer com os patronatos ou outras formas de colaboração previstas na lei de execução penal. Mas se é verdade que cabe à comunidade tal atitude, é dever do Estado orientá-la, libertando-se da retórica fácil da *lei e da ordem* e instigar a desenvolver tais movimentos, não simplesmente porque é o bem, uma vez que o presente trabalho não tem índole de análise puramente ética, mas porque é o que manda a lei. Aliás, não se entende porque os órgãos incumbidos da aplicação da lei nada fazem para tornar efetivos os arts. 78-81 da LEP.

Do Excesso ou Desvio na Execução - Qualidade da Pena

Reza art. 5o, XLIX da CF que "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Ressalva o art. 3o da Lei de execução penal que "Ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença e

³² (...) digo que a principal razão de ser da progressividade da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, por que contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele eu acabou perdendo seu bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social da sociedade, que, dia menos dia, receberá de volta aquele que inobservou a norma penal, e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa receber de volta um cidadão que enclausurou embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, entre outros, de recupera-lo, objetivando uma vida em comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser quase utopia" - voto do Min. Marco Aurélio no HC 76.617-9, apud Franco, op. cit.

³³ Faz referência expressa à relação entre o totalitarismo e a hipertrofia do Direito Penal, entre outros, Nilo Batista, op. cit.

pela lei". Traz o art. 183 da LEP, por fim, que "Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares."

Continua candente o debate sobre qual a opção a ser tomada pelo aplicador da lei no momento em que, tendo direito o condenado a determinado regime penitenciário (fechado, semi-aberto e aberto), não há vagas, ou seja, não há preparo por parte do Estado-Administração para desincumbir-se das obrigações impostas pelas Lei. Os argumentos mais comuns no sentido de solucionar o embate são:

1) Não é possível modificar a situação do reeducando, ou seja, deve permanecer no estabelecimento inadequado, ainda que mais gravoso, uma vez que não pode deixar de pagar pelo mal que fez, o que ocorreria se lhe fosse concedida situação mais benéfica do que permite a lei - sentido retributivo da pena. Por outro lado, surge o argumento de que a sociedade não pode sucumbir, com a volta do condenado, pela ineficácia do aparelho estatal (fortalecendo a cultura da comunidade irresponsável pelos rumos do Estado), uma vez que estaria sujeita a seu potencial criminoso - aspecto de prevenção especial negativa da pena, no aspecto de inocuização.

Os dois argumentos não dão conta do contido no art. 1º da Lei de Execução Penal, ou seja, que tais funções da pena (retributiva e de prevenção especial negativa) não regem os institutos da execução penal no Brasil. Quer em âmbito teleológico, quer para os mais apegados ao tecnicismo, não há como deixar de rechaçar tais argumentos³⁴.

2) Não pode o reeducando ser liberado de forma não progressiva, ou seja, não pode ter devolvida maior parcela de sua liberdade do que admitido pelo ordenamento sob pena de rompimento com o processo de ressocialização. Se, por falta de vagas - em penitenciárias com regime fechado, é levado ao regime semi-aberto, ou como é mais comum, por falta de vagas em regime semi-aberto, é levado ao aberto, e neste, pela inexistência absoluta de infraestrutura, para o excepcional regime domiciliar - o agente é beneficiado, deixa de ser cumprido o objetivo da sentença, que é a ressocialização, por meio do instrumental eleito pelo ordenamento, que é a graduada reinserção social.

O argumento vem lastreado pela idéia apregoada no art. 1º da LEP, o que lhe dá muita força. Daí a necessidade de seu estudo em consonância com as regras

³⁴ *Sobre as chamadas antinomias dos fins da pena: Hassemer, Winfried e Muñoz Conde, Francisco. Introducción a Criminología y al Derecho Penal. Tirant. Valência, 1989. p. 134 e ss. Mir Puig, Santiago. El Derecho Penal em el Estado Social y democrático de Derecho. Ariel.*

legais acima enumeradas.

A pena baseada no tempo (de privação de direitos e, no caso, a liberdade) não pode ser mensurada apenas com base em sua duração. Também deve ser percebida no que toca sua qualidade. Nos diplomas civis parece mais palpável a percepção: se um sujeito é obrigado a pagar 10 sacos de arroz de qualidade média, não pode ser obrigado a quitar suas dívidas com 10 sacos de qualidade alta. Se o agente é privado de determinada quantidade e qualidade de sua liberdade, é tão abusivo priva-lo a mais em um critério como em outro. É incompreensível o motivo pelo qual todos se escandalizam com aquele que passa um dia a mais do que o imposto pela lei e pela sentença sob custódia estatal ainda que o tempo desta tenha escoado, com brados por indenizações, mas entendam comum que, qualitativamente, o agente tenha parcela muito maior de sua liberdade privada do que o permitido pela lei ou pela sentença. A liberdade tem diversos graus de restrição, e se alguns são legais na normalidade e outros ilegais, também há, para o condenado, limites a tal restrição, impostos pelo mesmo ordenamento.

O tema foi escolhido pela aparente dificuldade de resposta ao segundo argumento, que parece se preocupar com agente criminoso. Trata-se aqui de tema de mais alta relevância, uma vez que o fim da pena é utilizado como justificativa para o descumprimento das razões não da simples fase de execução penal, mas de todo Direito Penal, e, por que não confessar, da própria estrutura dorsal do Estado de Direito. Se é verdade que o Direito Penal tem um fim, ele não pode se utilizar de todos os meios para tanto, mormente quando estes tangenciam a dignidade humana, e os fins primordiais do Estado. Há outras normas protegendo tal dignidade, e de aplicação inarredável. É a comprovação de que o Direito Penal é indispensável, enquanto limite ao poder estatal. Diversas fórmulas poderiam ser pensadas para a ressocialização dos que praticam comportamentos desviados rotulados como ilícitos penais, mas apenas o Direito Penal, com sua função garantidora, é capaz de fazê-lo de forma a não permitir preço demasiado para o fim proposto.

3- Exatamente pelos limites impostos pelo Direito Penal, enquanto limite ao Poder Estatal, resta, no que toca o problema da ausência de vagas em estabelecimentos adequados, posição segundo a qual a lei penal serve como limite, que não por ser ultrapassado. Assim, se é impossível o regular cumprimento (lembre-se: por ineficácia estatal), a pena não deve transbordar seu limite: deve conformar-se dentro das possibilidades impostas pelo limite da legalidade, respeitando-se então, ao máximo, obediência aos fins da pena socializador e seu instrumental progressivo. Destarte, se não há vagas em regime fechado, que seja enviado para o regime semi-aberto. Se não há vagas no regime semi-aberto, que seja enviado para o aberto. Se não há vagas no aberto, que lhe seja permitida a prisão albergue domiciliar. Absurdo é quebrar a legalidade penal, na defesa de uma desordem prática, e

de uma Administração que se recusa a cumprir a lei, confortada pela insegurança jurídica e respaldo da lei e da ordem de que o sistema deveria ser, afinal, não progressivo, mas eliminatório.

Conclusão

São três temas de execução penal, cuja identidade reside exatamente na desobediência às premissas citadas. O Estado não consegue cumprir suas leis. O Direito Penal ainda é visto como justificativa para a sanção, como um Direito de punição, e não como instrumento de liberdade, como se a violência estatal necessitasse de leis para atingir o cidadão. A legalidade penal é garantia individual, disposta inclusive na Constituição Federal, contra a referida violência. Por outro lado, o Estado se divorcia do fim da execução previsto na lei para se lançar a uma posição política fácil, mormente o Poder Judiciário, sob o argumento de que o julgador não pode ficar alheio aos anseios do povo, como se tivesse legitimidade para representá-lo e reconhecida capacidade de compreendê-lo (função que nos parece ser do Poder Legislativo). Distante da legalidade, que conta com o art. 1º na orientação das ações dentro dos limites permitidos de ingerência na liberdade individual, a insegurança jurídica predomina, a ânsia pelo totalitarismo expresso ou camuflado aumenta, e o país deixa de dar os primeiros passos na construção de uma sociedade voltada ao desenvolvimento digno do ser humano.

BIBLIOGRAFIA

ANCEL, Marc. A nova defesa social. Forense. 1979

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da reação social. Forense. 1983.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. A individualização da pena na execução penal. Rt. 2001

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Revan. 4ª ed

BOBBIO, Norberto et alli. Dicionário de Política. UNB, 5ª ed.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Campus, 11 ed.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Forense. 1959. V1. p. 99 e ss

CAMARGO, Antônio Luís Chaves de. Imputação objetiva e Direito Penal Brasileiro. Cultural paulista. 2001.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, Saraiva, 1991
- FARIA, José Eduardo. O combate ao terror e o novo direito penal. Espaço aberto do jornal O Estado de São Paulo, 29 de outubro de 2001
- FRANCO. Alberto Silva. Crimes Hediondos. RT. 4a ed.
- GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva. Mandamentos. 2000
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. RT
- HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Tirant. Valência, 1989.
- KUEHNE., Maurício. Doutrina e Prática da Execução Penal. Juruá. 2a ed
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da legalidade penal, RT, 1994
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. Juarez de Oliveira. 2000
- MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal em el Estado Social y democrático de Derecho. Ariel.
- NORONHA, E. Magalhães. Saraiva. 1986
- ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3a ed., Veja.
- SEGUI, Elida. O preso como vítima de um sistema perverso, in Temas de Vitimologia, Coord. de KOSOVSKI, Ester. Lúmen Iuris. 2000
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. 10a ed.
- VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal alemão, Brighiet Editores.
- WELZEL, Hans. Um novo sistema jurídico-penal. RT. 2001.

RELAÇÕES DE TRABALHO

Aspectos Psicopatológicos e Psicossociais na Demissão

Carlos Eduardo Thomaz da Silva*

1. A Economia atual e as relações de trabalho

Em uma análise simples das relações de trabalho, na atual conjuntura econômica capitalista do final do século XX, e início do século XXI, encontramos uma situação desfavorável ao trabalhador assalariado e uma situação invejosa para os detentores do capital. Dentro dos parâmetros da economia globalizada, a valorização do capital sobre a mão de obra tem assumido proporções assombrosas, trazendo para o mercado uma instabilidade e uma volatilidade antes praticamente desconhecida pelos estudiosos da Economia.

Sempre que, dentro do capitalismo moderno, encontrarmos uma enorme discrepância entre a lucratividade advinda da produção e aquela advinda da aplicação financeira, encontraremos também, resultantes como a instabilidade financeira do próprio mercado de capitais, as oscilações na produção (industrial) e fatalmente o desemprego. Esta relação, que a princípio pode parecer equivocada, não é, em função de fatores como a alta taxa de evasão de capital estrangeiro (atraídos por altas taxas de juros de outros países), a má administração dos recursos financeiros governamentais, a exorbitância de impostos cobrados sobre a produção e o risco que (naturalmente) tem que ser assumido pelo próprio investidor.

Em países emergentes, atualmente, a ingerência governamental nos setores econômicos desestabiliza não só o mercado de produção como o mercado de capitais, criando assim um clima desfavorável para que os investimentos possam ser realizados nos setores que garantiriam a “empregabilidade” da mão-de-obra. Não sem conseqüências, advindas desta desestabilização, tanto sofrem os mei-

* Psicólogo; Pós-Doutorado pela UCLA; Ph.D. e M.A. em Psicologia pela UC Irvine, USA; Pós-Graduação em Filosofia da Educação pela PUCCAMP; Psicólogo pela PUCCAMP; Professor Titular de Psicologia de Graduação e de Pós-graduação da Fundação Instituto Tecnológico de Osasco - Osasco; Professor Titular de Psicologia, Supervisor Clínico e Diretor do Centro de Psicologia Aplicada da Faculdade de Psicologia Padre Anchieta, Jundiaí; Psicólogo Clínico e Diretor do Instituto de Psicologia Médica de Campinas e de Jundiaí; Aluno do 2.º ano do Curso de Direito da Faculdade de Direito Padre Anchieta, Jundiaí.

os de produção quanto aqueles que deles dependem, os trabalhadores.

2. O efeito da instabilidade do mercado de produção

O mercado (de produção) depende diretamente do emprego do capital, para a manutenção daquele, e a garantia de lucratividade deste. Sem capital, as empresas não conseguem administrar a produtividade, visto que a concorrência nos mercados interno e externo aumenta significativamente com os incrementos dos meios de produção e da tecnologia atualmente desenvolvida. Embora, aparentemente, os mercados tenham sido expandidos com o fenômeno da globalização, em função do aumento da necessidade de consumo, esta expansão não vem desatrelada de um certo ônus, correspondente ao custo do desenvolvimento tecnológico dos meios de produção (industriais ou agrários), do próprio desenvolvimento em si e da necessidade de capacitação da mão de obra, que tem que se tornar mais especializada para poder atender e corresponder aos avanços tecnológicos.

Tanto os incrementos nos meios de produção, como os desenvolvimentos necessários à qualificação da mão de obra, necessitam de investimentos que diretamente se vinculam à possibilidade de acesso ao capital. Para se conseguir este acesso ao capital, é necessário que se tenha lastro, o que garantiria o ressarcimento do mesmo capital, em caso de falência. A má administração dos recursos de capital, por parte dos empresários, a desatualização quanto aos avanços tecnológicos, e a má preparação e desqualificação da mão de obra, são alguns dos principais fatores que concorrem para a falência das empreitadas.

Estes fatores, entre outros, associados aos gerados pela instabilidade da economia globalizada, que admitem uma labilidade inexorável entre o lucro e o prejuízo, fazem do mercado de produção uma forma de devastação do processo econômico, atingindo diretamente a mão de obra.

Como resultante desta situação econômica, acrescida à volatilidade dos mercados de capital, as empresas, no intuito de reduzir gastos, acabam por demitir seus funcionários e, contraditoriamente, reduzir sua produção. Inicia-se então o processo de redução de custos, com a redução de pessoal, até que economicamente a empresa não seja mais viável. Neste momento, quando as empresas tentam “buscar” recursos financeiros no mercado de capitais, encontram barreiras, naturalmente plausíveis e aceitáveis, uma vez que estão insolventes, ou à beira da insolvência.

Neste texto, abordaremos as conseqüências que atingem os trabalhadores demitidos em função da referida desestabilização econômica que atinge os meios de produção.

3. Efeitos das demissões

Como vimos acima, a economia que privilegia o capital, a sua exploração e desvaloriza os meios de produção podem, de forma exaustiva, concorrer para o desemprego, de certa forma esvaziando a mão de obra das empresas com as demissões dos seus funcionários.

A demissão de um funcionário de uma empresa se caracteriza pela perda de uma função antes exercida (posto de trabalho), nesta mesma empresa, com dispensa de suas atribuições e interrupção dos ganhos auferidos pelo próprio funcionário. Isto significa que o funcionário demitido não mais trabalhará na referida empresa, e com isso os seus ganhos, decorrentes do desempenho da função exercida, cessarão. Existe então a interrupção ou a quebra do contrato de trabalho realizada entre a empresa e o funcionário demitido.

As demissões têm ocorrido de duas formas características no momento atual, ou seja, demissões voluntárias ou involuntárias (compulsórias). No caso das demissões voluntárias, os empregados, geralmente, participam de um "plano de demissão voluntária", no qual estes, por ato de vontade própria (e por incentivo do empregador), se desligarão da empresa, em geral recebendo algumas vantagens financeiras por tal ato, além do estabelecido em lei. Estas vantagens variam de acordo com o cargo ou função desempenhados na empresa, mas normalmente se limitam a um valor figurativo, que em tese, os deveria manter financeiramente por um determinado tempo, enquanto os mesmos "procuram" outra empresa para trabalhar. Já em relação às demissões involuntárias, ao empregado demitido nada se oferece que já não esteja estabelecido por lei (no caso do Brasil, como exemplo, a CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas). Dentro da CLT, e conforme as Convenções Coletivas estabelecidas para determinadas categorias de trabalhadores, os demitidos ou os demissionários (voluntários) em geral, recebem proventos tais como Aviso Prévio, proporcionalidade de férias adquiridas, proporcionalidade do 13º salário, possibilidade de "levantar" o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), multa paga pelo empregador de 40% sobre o saldo atual para fins rescisórios do FGTS e eventualmente algum benefício previsto nas Convenções Coletivas, como manutenção do seguro saúde por um determinado tempo, cestas básicas por um determinado tempo, treinamento para uma nova função, e ajuda para recolocação em outra empresa.

Dependendo dos cargos e funções exercidas pelo demitido, os valores, obviamente, não serão suficientes (em função do espaço de tempo) para que ele possa ser reabsorvido pelo mercado de trabalho, uma vez que este, por estar em crise, estará na tendência maior de demitir do que de contratar. O seguro desemprego pago para os demitidos que têm acesso a este direito, também ajuda na

manutenção financeira do demitido por um prazo curto de tempo, e com valores determinados pelo tempo de serviço e valor do salário. Como pode ser visto, aparentemente existem, já previstos em lei ou por iniciativa dos empregadores, mecanismos facilitadores para a “pós” demissão dos empregados. Infelizmente, com a falta de postos de trabalho sendo oferecidos pelo mercado, os valores que o demitido recebe por ocasião de sua demissão, geralmente não são suficientes para que ele se mantenha e à sua família, por um prazo médio ou longo de tempo, até que possa encontrar outro trabalho.

4. Aspectos sociais e psicossociais da demissão

Tudo deveria girar em torno do bem comum estabelecido pela sociedade. Dentro deste “tudo”, o trabalhador deveria, pelo menos em tese, não ser prejudicado em razão de modelos econômicos adotados pelos governantes, ou por alguma crise econômica que atinja o país. A dura realidade dos fatos é bem diferente na prática diária. Tomemos alguns pontos cruciais dos aspectos sociais envolvidos nas demissões dos empregados. Como membros da sociedade, os empregados deveriam ter as condições mínimas de subsistência, incluído-se aqui itens como moradia, alimentação, saúde, educação, segurança, lazer, e a possibilidade de realizar seus fins particulares. Se pretendermos que o país seja considerado de primeiro mundo, inevitavelmente deveríamos incluir na lista acima, itens que assegurassem o pleno desenvolvimento do ser humano, em todas as suas características morais, intelectuais e espirituais. Obviamente, quando se trata de demissões, e de países fora do contexto do “primeiro mundo”, jamais poderemos pressupor que tais “regalias” sejam oferecidas ao indivíduo, agora desempregado.

Mesmo levando-se em conta todos os benefícios que o empregado demitido receberá, sejam estes de ordem legal ou advindos da iniciativa do empregador, no contexto atual, não poderemos esperar que estes sejam suficientes ou alcancem o mínimo necessário para que, com dignidade, ele, o demitido, continue subsistindo no meio social em que se encontra. Independentemente da classe social que se encontre o demitido, ele terá que enfrentar, por muitas vezes, a amargura de estar socialmente fora do contexto do mercado de trabalho, não raras vezes sem uma previsão de quando poderá voltar ao referido mercado.

No caso do demitido, o enfrentamento social que ele, inexoravelmente, terá que suportar, é em geral maior do que aquele que ele pode agüentar. Aqui entram os aspectos psicossociais da demissão.

Não bastasse, em muitos casos, a humilhação social de se estar desempregado, ou de ter sido demitido sem justa causa, o trabalhador terá que lidar com diversos problemas seqüenciais da sua demissão. Neste texto vamos citar alguns

deles, no intuito de demonstrar o peso “psicológico” ao qual se submeterá o demitido, agora desempregado.

Diversas são as possibilidades para o trabalhador demitido. Ele poderá ser solteiro e independente, mas poderá ser solteiro e arrimo de família. Ele poderá ser casado, e desta forma ter uma família, cônjuge, filhos, ou mesmo outros membros da família que sejam seus dependentes. Ele poderá ser separado judicialmente ou divorciado, e terá a responsabilidade de prestar alimentos aos seus dependentes, até por ordem judicial. Como exemplo, na realidade brasileira, a maioria dos empregados são do sexo masculino, e como resultante da cultura em que vivem, uma maioria tem a esposa em casa, sem trabalhar, limitando-se esta, à tarefa de gerenciar a casa e cuidar dos filhos.

4.1. A psicopatologia e a demissão

Existe uma característica pouco explorada pelos psicólogos, mas muito conhecida dos economistas e administradores de empresa, que diz respeito ao caráter persecutório que muitos trabalhadores desenvolvem, à partir das instabilidades do mercado e de possíveis demissões. A característica persecutória está ligada à iminente possibilidade de demissão. Este fato pode ser evidenciado nas conversas informais entre os trabalhadores, que de uma maneira ou de outra, ficam fazendo previsões (fundadas ou infundadas) de quem será o próximo na lista de demissões. Este fato gera um pensamento de que cada um, de certa maneira, poderá ser o próximo a ser demitido. Este pensamento aterrorizante da possibilidade de perder o emprego, e as conseqüências que advirão deste fato, tornam os pensamentos, ou melhor as idéias, recorrentes, negativistas, e com o foco voltado para a possível e eventual demissão. Assim se estabelece a persecutoriedade do empregado, que teme, diariamente, ser o próximo alvo de demissão.

Em psicologia, sabemos que o pensamento se transforma em idéia quando passa pelo processo de organização mental. A idéia, acrescida de recorrência, de valor e de crença, pode transformar-se em idéia supervalorizada. Esta última, a idéia supervalorizada, é a que o indivíduo passa a apresentar um conteúdo, com um “algo” de crença ou de valor temático, ainda passível de convencimento do contrário, mas que se torna intrusivamente presente na mente do indivíduo, aparecendo repetidamente, e seguramente modificando alguns dos seus comportamentos (em função do conteúdo da idéia). No caso da idéia supervalorizada de que será demitido, o empregado passa a acreditar que, inevitavelmente, será o próximo a ser dispensado do trabalho, mas, dia a dia, quando não vê seu nome nas listas de demissões, passa a se tranqüilizar, mesmo que temporariamente.

No caso mais severo, mas não menos comum, a idéia supervalorizada ad-

quire a conotação de incredulidade, isto é, nada mais fará com que o indivíduo acredite que ele não será o próximo a ser demitido. Quando o sistema de crenças do indivíduo não permite mais que ele seja convencido do contrário do conteúdo de sua idéia supervalorizada, mantendo e sustentado firmemente o conteúdo da sua idéia (no caso a demissão iminente), falamos de pensamento persecutório. A diferença reside na crença firmemente sustentada de que algo irá acontecer, e de que o indivíduo está sendo alvo de perseguição de alguém ou de algum grupo.

Quando estas idéias ou pensamentos supervalorizados persecutórios, definitivamente influenciam o comportamento do indivíduo, que não permite o convencimento do contrário sobre o conteúdo de sua idéia, falamos em delírio persecutório. Este delírio faz parte de uma série de sintomas psicopatológicos que geralmente se apresentam em quadros de psicose. Podemos dizer, seguramente, que este empregado, de um simples pensamento, passou para uma idéia, a supervalorizou com crenças e valores, e chegou ao ponto de perda de contato com a realidade, inaugurando assim uma psicose, com um dos seus sintomas, o delírio.

Na crença supervalorizada, o empregado experimentará a persecutoriedade, mas ainda acreditando ser possível uma reversão da situação, talvez acreditando que o empregador o poupe da demissão. No caso do delírio, que se caracteriza por uma falsa crença que o indivíduo sustenta, apesar de provas em contrário, o empregado passará a sentir, pensar e agir de forma patológica, sempre acreditando que ele será a próxima vítima da demissão.

Em todos os casos citados nos parágrafos anteriores, a resultante comportamental do trabalhador implicará, pelo menos, em uma observância maior da situação prognosticada pela economia, e não raras vezes em modificações comportamentais, que de um lado seriam desenhadas para garantir-lhe a permanência na função, e de outro, de uma certa atitude negligente e descuidada, uma vez que o mal é irremediável, e ele já concluiu que será inevitavelmente demitido. Nestes casos, os trabalhadores enfrentarão um quadro psicopatológico reconhecível e de fácil diagnóstico, com a presença de sintomas de ansiedade, de depressão, de medo (ou mesmo fobia), que resultam, inevitavelmente, em um comprometimento no seu funcionamento adaptativo, nas várias áreas de atuação como no próprio emprego e no próprio desempenho adequado de suas funções.

Entre outros sintomas psicossociais estão os de relacionamento social, comunitário e familiar. Temos neste caso, um trabalhador que persecutoriamente, até de maneira inconsciente, ingressa em uma psicopatologia, que não é autolimitante (isto é, que não se curará ou cessará sozinha). Em função desta psicopatologia, o trabalhador acabará por apresentar comportamentos inadequados no ambiente de trabalho e com isso fatalmente será demitido. As estatísticas dos departamentos

médicos (quando existem) apontam para um trabalhador que passa a adquirir o perfil do empregado que falta por motivos de doença não muito bem explicados, que se afasta temporariamente por problemas de saúde reais, e que constantemente apresenta sintomas relativos à ansiedade, nervosismo, irritabilidade, tristeza e muitas vezes inércia. Este perfil retrata o trabalhador em situação de real estresse (stress), que quando questionado, relata claramente o que chamamos de característica persecutória da demissão. Obviamente, este empregado, que com seu novo perfil passou a freqüentar o departamento médico, passa, inequivocamente, a ser o alvo de seus supervisores e chefes, que começam a notar o decréscimo na produção resultante das queixas médicas.

4.2. Os sintomas e quadros psicopatológicos decorrentes da demissão

Na sessão anterior, apresentamos apenas um dos possíveis desenvolvimentos psicopatológicos que podem ocorrer com o empregado, na possibilidade de ser demitido. Traçamos um espectro mais amplo, saindo do simples pensamento de uma possível demissão em função de problemas econômicos até o caso mais grave em que o funcionário se torna realmente doente, apresentando o quadro psicopatológico do delírio. Felizmente, nem todos os empregados a serem demitidos ou já demitidos chegam à persecutoriedade delirante. No entanto, os demais sintomas citados no final da sessão, que são de extrema importância, apresentam-se com uma freqüência significativa, antes e após a demissão do empregado. Vejamos alguns deles.

4.2.1. Ansiedade

A ansiedade se caracteriza por um estado de tensão e apreensão emocional decorrente de pensamentos (negativistas ou não) do próprio indivíduo, que o coloca em situação de alerta para possível reação comportamental, e que geralmente vem acompanhado de sintomas psicossomáticos (também chamados de neurovegetativos) tais como irritabilidade, tristeza, desconforto físico, dores de cabeça, tonturas, cansaço, lentificação ou agitação psicomotora, problemas gastrointestinais, vertigens, desmaios, entre outros. A ansiedade se apresenta como um quadro psicopatológico em si mesmo (conjunto de sintomas que se apresentam concomitantemente, durante um período de tempo), ou vem como quadro associado de outros transtornos psicológicos, como a Depressão, o Pânico, a Hipocondria, as Fobias em geral, e o próprio Transtorno Generalizado de Ansiedade.

Alguns quadros de ansiedade se apresentam em formas mais brandas, tendo os sintomas uma menor incidência sobre o indivíduo, mas em geral, a sintomatologia apresentada é a mesma, somente com menor gravidade.

4.2.2. Depressão

Depressão é um termo genérico, utilizado popularmente para designar sentimentos de tristeza e de angústia, que causam no indivíduo uma sensação de mal-estar físico e mental, acompanhado de sentimentos negativistas e pessimistas, de sentimentos de inferioridade e desvalorização pessoal. Tecnicamente, o termo depressão faz parte de um quadro psicopatológico complexo (Transtorno Depressivo Maior), determinado pela presença de sintomas predefinidos, que modificam basicamente o humor do indivíduo (sentimento subjetivo e constante que matiza a vida da pessoa), e estão associados a uma queda no funcionamento adaptativo, isto é, no funcionamento social, no educacional, no de trabalho e no pessoal. Os sintomas característicos da “depressão” (tecnicamente chamados de Episódio Depressivo Maior) apresentam-se com uma duração mínima (estimada) de duas semanas, e se compõem de humor deprimido, perda de interesse em atividades diárias e/ou prazerosas, diminuição ou aumento do apetite, perda ou ganho de peso, comprometimento no sono (insônia ou hipersonia), lentificação ou agitação psicomotora, fadiga, sentimentos de baixa auto-estima (desvalia), auto-imagem distorcida, comprometimentos na atenção, concentração e memória (aspectos cognitivos) e podem ser acompanhados de ideação suicida.

Em muitos casos, tanto como ocorre com a ansiedade, os sintomas da depressão podem ocorrer de forma atenuada, ou mesmo não incidir por um tempo tão prolongado que justifique o psicodiagnóstico de Depressão. Nestes casos, dizemos que o indivíduo apresenta sintomas do quadro depressivo e, invariavelmente, encontramos queda no funcionamento adaptativo, variando somente com o grau de intensidade dos sintomas apresentados.

4.2.3. A Ansiedade e a Depressão na demissão

Como dito anteriormente, os empregados demitidos podem experimentar uma gama de sintomas psicológicos na antecipação de que poderão ser ou serão demitidos, ou mesmo na pós demissão.

Tanto uma como outra patologia podem se apresentar de diversas formas e graus, assim como qualquer das sintomatologias associadas. De qualquer forma, estes indivíduos, deverão se submeter à uma avaliação médica e psicológica, que determinará se eles devem ou não se submeter a um tratamento, que pode ser medicamentoso ou também psicoterápico.

O efeito da demissão, em alguns indivíduos, é devastador do ponto de vista psicológico, uma vez que eles passarão a enfrentar uma nova situação, a de estar desempregado. Como também referenciado anteriormente, a ilusão do valor das verbas rescisórias terá um significado no aparecimento de quadros psicológicos.

A busca pelo novo emprego, ou ainda pela necessidade de ter que iniciar uma nova empreitada, seja em uma nova empresa ou trabalhando “por conta” como autônomo, é, por si só, um fator estressante que pode ser desencadeante de sintomas psicológicos.

O enfrentamento da nova realidade financeira e econômica do demitido, o enfrentamento da situação que sua família poderá ficar, os ajustes necessários à nova realidade, as mudanças nos planos pessoais e da própria família, o tempo de espera para se empregar novamente, a idade em que se encontra o demitido, a falta de oportunidades novas no mercado de trabalho, a falta de preparo especializado ou a real desqualificação e o fato de que ele, o demitido, não se encontra só nas filas do desemprego, são alguns dos inúmeros problemas que podem, e muitas vezes se apresentam ao empregado demitido. Facilmente estes estressores se tornam fatores psicogênicos, isto é, fatores que desencadearão psicopatologias.

4.2.4. A demissão segundo o demitido

A visão que o demitido tem de sua própria demissão pode variar de caso para caso, mas em geral, ele se sente em situação de desprestígio, apresentando uma auto-estima acentuadamente baixa. É como se fosse um perdedor que, sem poder virar o jogo, tem que seguir as regras que lhe são impostas pelo mercado de trabalho. A grande maioria relata que se sente mal com a situação, mas admiravelmente, muitos deles se resignam com a situação do desemprego, apelando até para explicações religiosas, imprimindo uma característica determinista às suas seqüências de vida.

Conclusão

Dentre os quadros psicopatológicos apresentados nestes texto não foram mencionados os referentes ao uso e abuso de substâncias, principalmente o do álcool. Na busca de uma compensação ou mesmo um desabafo, muitos desempregados iniciam-se no consumo abusivo de bebidas alcoólicas, criando para si e para suas famílias mais um problema, do que uma real solução.

Como pode ser visto, a demissão pode causar nos demitidos, mesmo antes da efetivação da dispensa, uma série de efeitos que se traduzem em um quadro sintomatológico, com características psicológicas e médicas, que podem variar de uma simples ansiedade até uma complexa sintomatologia psicótica, ou mesmo o suicídio. Outro fato a ser lembrado, é o de que o demitido, não raras vezes, não poderá se socorrer dos meios médicos e psicológicos para o tratamento das “doenças” que surgiram em decorrência da demissão em si, pois além de serem onerosos, em muitos casos não são cobertos pelos “planos de saúde” (que o demitido nem sempre os manterá).

Na realidade, os demitidos são vítimas do sistema econômico capitalista, que os contrata quando necessários, e os descarta quando a situação do capital sofre mudanças. Quanto maior a conscientização da realidade atual da economia e da política do país, e quanto maior for a educação formal dos demitidos, maior será a não aceitação da situação da demissão.

Bibliografia

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. (1995) *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-IV*. 4ª Ed., Trad. de Dayse Batista, Porto Alegre: Artes Médicas.

CARRION, Valentin. (1999) *Comentários à consolidação das leis do trabalho, e Nova jurisprudência em Direito do Trabalho*. 4ª edição em CD-ROM, São Paulo, Editora Saraiva.

EY, Henry, P. Bernard e C. Brisset. (1985) *Manual de Psiquiatria*. 2ª Ed., Trad. de Paulo Cesar Geraldês e Sônia Ioannides, São Paulo: Editora Masson.

KAPLAN, Harold, B. J. Sadock e Jack A. Grebb. (1997) *Compêndio de Psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. 7ª Ed., Trad. de Dayse Batista, Porto Alegre: artes Médicas.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. (2001) *Iniciação do Direito do Trabalho*. 27ª edição, São Paulo,

O SIGILO BANCÁRIO E A TUTELA DA PRIVACIDADE - DIFERENÇAS

José Fabio Rodrigues Maciel

I - INTRODUÇÃO

O Professor Ricardo Luís Lorenzetti, na sua obra *Fundamentos do direito privado*, nos diz: “*Se o Direito privado apenas se concentra nos interesses individuais das partes, e não tem em vista uma perspectiva pública, pode apresentar sintomas de invalidade para resolver problemas complexos*”. O problema complexo que temos o intuito de analisar nesse texto é o sigilo bancário, de várias formas defendido pelos autores nacionais. É justamente o caráter público desse instituto jurídico, em oposição ao caráter privado, que será aqui discutido, concomitantemente com o debate acerca de sua inserção ou não no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º) da nossa Constituição Federal. Pretendemos demonstrar alguns inconvenientes que decorrem do fato de se considerar o sigilo bancário tutelado diretamente pelos direitos da personalidade.

Não somos contra a permanência no sistema jurídico de mecanismos que permitam a manutenção do sigilo bancário, mas não podemos deixar de demonstrar as discordâncias que temos em relação à sua defesa. É toda ela pautada na tutela da privacidade, em que se discute sempre o trinômio segredo, privacidade e informação. Sua maior defesa gira em torno do segredo profissional, que na realidade faz parte da tutela da pessoa humana, como o segredo do médico, do psicólogo e do advogado, que possuem acesso a informações íntimas e principalmente de valores morais de seus clientes. Querer dar tal valor ao conhecimento estritamente econômico sobre o cliente, possuído pelo banqueiro, é o mesmo que dizer ter preço o sofrimento causado a uma mãe pela morte do seu filho. Já como um interesse contratual e patrimonial a ser defendido, cuja divulgação pode implicar consideráveis perdas financeiras, estamos plenamente de acordo. Devemos atentar que, desvinculando-se da tutela da privacidade, o sigilo bancário perde força normativa em face dos interesses públicos, coletivos e sociais, aumentando o leque de opções a darem causa a sua quebra, como veremos no decorrer dessa exposição.

* Advogado, Editor Jurídico da Editora Saraiva e Mestrando em Direito pela PUCSP

II - BREVE HISTÓRICO

a. Origens dos direitos da personalidade: os direitos da personalidade, e conseqüentemente a tutela da privacidade, possuem suas bases no Direito Natural, permeando todas as civilizações desde os primórdios dos tempos. Sua relevância sempre foi variável, sendo diretamente relacionada com o grau de Democracia de cada povo. O nome e a roupagem que temos hoje é que são novos. Temos como exemplo o Pacto de São José da Costa Rica, em que vários direitos da personalidade, já consagrados pelas sociedades, surgem sob a forma de direitos humanos. No direito antigo não havia o leque de proteção que hoje se conhece, tendo havido uma série de fatores que contribuíram para isso, como a divisão quase estamental de classes, o absolutismo, o parco desenvolvimento da psicologia e o conseqüente não-reconhecimento do dano moral. Voltando ao Direito Natural, e analisando o Jusnaturalismo, no que concerne às regras de convivência e sociabilidade dos seres humanos, percebe-se que a regra é o respeito à vida, oriundo da necessidade humana de viver em comunidade. Chega-se à conclusão de que, apesar de ser um “leque fechado”, noções acerca dos direitos da personalidade sempre existiram.

b. Segredo profissional: com a evolução da sociedade e sua conseqüente divisão em classes, surgiu um sem-número de profissões, tendo cada uma delas demanda específica, mas trazendo em seu bojo normas de conduta inerentes a toda a sociedade, como a ética, o zelo, a dedicação e a preservação de conceitos morais. Algumas, por lidarem diretamente com as pessoas, tendo acesso às suas questões mais íntimas, tanto físicas como psíquicas, passaram a ser regulamentadas por uma série de normas, baseadas no princípio da preservação do sigilo da fonte. É o caso dos médicos, advogados e sacerdotes, que devido à característica de sua atividade, que possibilita a obtenção de um grande volume de informações acerca da intimidade de seus clientes ou seguidores, tiveram suas funções regulamentadas, fazendo sempre parte desse regulamento o segredo profissional. É protegido não só o interesse individual, mas o de toda uma coletividade. Podemos citar a máxima que diz: “Uma sociedade forte é formada por indivíduos fortes”. No caso apresentado é o interesse individual protegido que garante a proteção do interesse coletivo.

c. Sigilo bancário: quanto ao objeto do nosso estudo, diz Carlos Alberto Hagstrom: “O fato é que o segredo bancário assentou-se, firmemente, como proteção a interesses privados, mas com aprovação social, uma vez que os banqueiros, já nos primórdios de sua atividade, eram levados a conhecer negócios, elementos patrimoniais e até mesmo segredos familiares...”. Com isso, inseriu-se o sigilo bancário em um contexto similar ao do segredo profissional. Acontece que alguns conceitos transformaram-se consideravelmente com o tempo, entre eles o próprio conceito de banco, assim como as motivações que levam o indivíduo a recorrer à

aplicação bancária. Não é simplesmente para ter seu dinheiro em segurança, mas também para não vê-lo corroído pelos índices de inflação, fato muito diferente de quando as moedas eram cunhadas em ouro. O próprio Hagstrom, na seqüência de sua narração, reconhece ter a atividade bancária, nos dias atuais, atingido tal desenvolvimento tecnológico que não fica mais patente a propalada relação cliente/banqueiro. Tanto isso é verdade que não é mais necessário deslocar-se até o posto bancário para aplicar o dinheiro; basta acessar a Internet, em casa ou no escritório, e aplicam-se milhões (quem tem) sem o menor contato pessoal. Aplica-se dinheiro inclusive em outros países através das bolsas de ações do mercado financeiro. Com essas novas formas de relação entre cliente e instituição bancária, fica evidente a dificuldade de se enquadrar o sigilo bancário como se um segredo profissional fosse.

III – INTERESSE PÚBLICO DA ATIVIDADE BANCÁRIA

Todo o exposto anteriormente leva a crer que, devido à especialização técnica e conseqüente possibilidade de volatilidade das aplicações financeiras, em que bilhões de dólares podem deslocar-se de um país para outro em segundos, chegando mesmo a desestabilizar economias mais deficitárias, é a atividade bancária hoje de interesse público, podendo-se até compará-la a um serviço público.

O sigilo bancário, no nosso entendimento, não é um instituto de ordem pública. Apresenta-se à sociedade, nos dias de hoje, como se protegesse a coletividade tutelando o interesse privado. Mas essa assertiva já não é convincente. O sigilo bancário está longe de ser o responsável pela proteção do sistema de crédito, servindo muito mais àqueles que se utilizam do sistema financeiro para ocultar atos ilícitos, como a lavagem de dinheiro do narcotráfico e a desenfreada sonegação fiscal, tão evidente em nosso país, ficando apenas nesses dois exemplos para não nos alongarmos em matéria realmente tão extensa.

IV - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O SIGILO BANCÁRIO

Direitos da personalidade, para R. Limongi França, por exemplo, são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem como suas emanações e prolongamentos. A pessoa tem direito à imagem, honra, intimidade, corpo, privacidade, *habeas data* etc. Toda pessoa tem direitos da personalidade, que começam com a concepção e não terminam com a morte, pois existe o direito à memória do morto.

Os direitos da personalidade tutelam direito individual, o “direito de estar só”, em face da coletividade. Obviamente, há sérias e necessárias restrições ao exercício da autonomia privada, que terá seus limites quando entrar em confronto com os

direitos supracitados. Tanto é verdade que na esfera civil os direitos da personalidade permitem a busca da reparação dos danos, pois tais direitos são reparáveis, tendo o dinheiro apenas função de equivalência. A dor, a humilhação etc. não são passíveis de medição monetária.

Os direitos da personalidade protegem, portanto, direitos que são inerentes a todos os seres humanos. Por essa hipótese, inserir o sigilo bancário na tutela da privacidade, e conseqüentemente nos direitos da personalidade, é um fato bastante contestável. Tomemos como exemplo o Brasil, onde dezenas de milhões de pessoas estão abaixo da linha de pobreza. Outras dezenas de milhões, mesmo estando inseridas no “Mercado” não conseguem ter uma conta bancária. Temos também dezenas de milhões de trabalhadores que possuem conta bancária, mas apenas para receber seus salários de fome, jamais aplicando o dinheiro que recebem. Portanto, chega-se à conclusão de que o sigilo bancário atende aos interesses de uma parca minoria da sociedade, e justamente os detentores do poder econômico. Tal sigilo está a serviço das elites e não da sociedade como um todo. Detalhe: não somos maniqueístas a ponto de afirmar que as defesas e garantias ou valem para todos, ou não possuem nenhum valor. O que pretendemos dizer é que, por ser direcionada apenas a um pequeno grupo, e justamente o detentor do poder, faz aqui parada o princípio da igualdade – devemos tratar de forma desigual os desiguais como equilíbrio da liberdade. Devem-se minorar valores que dificultem a apuração de fatos que sejam lesivos à sociedade, aqui sim toda ela, incluindo-se aí os valores referentes à manutenção do sigilo bancário, em vários casos sendo interesse apenas de uma minoria, e não de toda a coletividade.

Os direitos da personalidade são absolutamente distintos dos bens do patrimônio da pessoa. Conforme salienta Pedro Frederico Caldas, são irreduzíveis à mera estima econômica passível de conversão em dinheiro, o que não significa que não tenham valor econômico. Não se pode confundir o conteúdo econômico que eventualmente possa apresentar um direito da personalidade com os direitos reais e os direitos obrigacionais. A divulgação das aplicações financeiras, simples relações patrimoniais entre o cliente e uma instituição bancária, pode sim ocasionar um dano patrimonial e até moral, quando mero fruto de um rompimento contratual unilateral de alguma das partes. Mas se tal divulgação é o resultado de uma solicitação judicial ou governamental, cuja motivação é um interesse público ou coletivo tutelado, não há que se falar em dano moral ou violação de privacidade, já que aplicação bancária é relação econômica e contratual entre banqueiro e cliente, e não relação que envolva direito extrapatrimonial.

V - A TUTELA DA PRIVACIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Entendemos que o sigilo bancário protege interesses patrimoniais dos particulares, de grupos sociais, de empresas e do próprio poder estatal. Que fique bem claro: **interesses patrimoniais**. Como a divulgação de determinados dados pode ocasionar consideráveis prejuízos a particulares, empresas e até mesmo aos governos, e conseqüentemente à sociedade, a quebra do sigilo bancário deve ser regulada por leis, de forma que, quando solicitada, seja realmente um interesse público maior a ser tutelado. Essas disposições legislativas já existem no ordenamento jurídico brasileiro e não são aqui mencionadas porque não discutiremos o seu mérito, mas sim os argumentos doutrinários e jurisprudenciais que são utilizados para dar-lhes a maior amplitude possível.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, traz uma série de incisos que protegem a vida privada e a intimidade das pessoas. Lembramos que não entendemos ser o inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe ser “... *assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”, uma norma legislativa que proteja o sigilo bancário, tendo em vista que a atividade do banqueiro, para nós, não se enquadra no sigilo profissional descrito no inciso em questão, conforme já discutido anteriormente. Citaremos os seguintes exemplos:

a. Inciso X do art. 5º:

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É este o principal sustentáculo da tutela da privacidade que consta na nossa Constituição. O direito à intimidade e a vida privada inserem-se no âmbito de proteção dos direitos da personalidade, de longa data alardeado por renomados juristas, como Orlando Gomes, que nos dá uma bela definição sobre este último: “São os direitos que recaem sobre manifestações especiais de suas projeções consideradas dignas de proteção jurídica. Principalmente no sentido de que devem ser resguardados de qualquer ofensa por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e moral de todo homem. Constituem-no os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção”. É o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como salientava R. Limongi França, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto), a sua integridade intelectual

(liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade familiar e social).

Já o direito à intimidade é regido por dois princípios: a) o da diferença; b) o da exclusividade das opções pessoais. Inserido entre os direitos da personalidade, é aquele que visa garantir a **privacidade**, de tal sorte que seu titular pode impedir intromissões, vedando qualquer invasão em sua esfera privada ou íntima. Constituem ofensas ao direito à intimidade, por exemplo: violação de domicílio alheio ou de correspondência; uso de meios eletrônicos ou de drogas para obrigar alguém a revelar segredo profissional ou fatos de sua vida particular; interceptação de conversa telefônica etc. Em todos esses casos, haverá dano suscetível de reparação.

Procura-se sempre harmonizar a legítima pretensão da sociedade de receber informações acerca dos fatos que lhe são pertinentes, com a garantia dada aos indivíduos de “*preservar para seu exclusivo usufruto uma determinada esfera de privacidade*”, como nos diz Pedro Frederico Caldas na obra *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. Havendo conflitos de Princípios Constitucionais, ocorre a chamada antinomia real, que não é solucionada através dos critérios que resolvem as antinomias aparentes, que são a hierarquia, a cronologia e a especialidade das normas. No caso apresentado, podemos considerar que temos confronto entre dois direitos que possuem chancela constitucional e estão sacramentados no mesmo dispositivo, ou seja, na Constituição. Citamos aqui novamente Pedro Frederico Caldas, que nos dá uma breve noção acerca dos critérios a serem utilizados para a solução de tais conflitos: “*À míngua de um critério único de validade e eficácia indiscutíveis, a solução do conflito ficará, sob certos aspectos, à discricção do intérprete. Não se tome, todavia, a discricção, como aqui posta, com o significado de ter o intérprete as mãos desembaraçadas para agir arbitrariamente, mesmo porque as decisões jurisdicionais devem ser motivadas, sob pena de completa desvalia. A discricionariedade estaria em eleger os processos hermenêuticos recomendados pelo caso concreto, sopesados à luz de todas as suas circunstâncias*”.

b. Inciso XXXIII do art. 5º:

“*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*”.

Nesse inciso destaca-se o fato de, sendo as informações de interesse coletivo, haver a possibilidade de pedi-las ao órgão público. O princípio da publicidade

visa assegurar e propiciar a todos o conhecimento de dados que sejam do interesse coletivo, inclusive os referentes à administração direta e indireta. O sigilo dos atos processuais só se justifica quando o próprio interesse público determinar, ou seja, quando a divulgação ferir o interesse social e a tutela da intimidade. No caso do sigilo bancário, havendo o temor de estar ocorrendo fraude à Lei, prejudicando a sociedade, nada obsta o pedido de informações ao Banco Central, órgão estatal responsável pelo controle do sistema bancário brasileiro, até porque, conforme anteriormente demonstrado, não se estaria ferindo direito à intimidade, mas sim interesse patrimonial.

c. Inciso XIV do art. 5º:

“XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

É garantido aqui o segredo profissional e o sigilo da fonte, institutos absolutamente necessários à garantia e eficácia da tutela da privacidade em amplos segmentos sociais. É este inciso o preferido dos defensores do sigilo bancário como direito à intimidade, já que se fundamentam na referida tutela, fato do qual discordamos veementemente, e que passará a ser exposto no próximo item.

VI – SIGILO BANCÁRIO E SEGREDO PROFISSIONAL

Miguel Reale, na obra *Questões de Direito Privado*, nos diz: “*A meu ver, são correlatos e complementares os imperativos constitucionais que salvaguardam a privacidade e as exigências conaturais ao exercício profissional (Art. 5º, incisos X e XIV, da Carta Maior).*”

“Essas duas salvaguardas constitucionais correspondem, repito, aos dois principais fundamentos invocados universalmente pela Ciência do Direito, universalmente, para explicar e legitimar o sigilo bancário.

“Na realidade, uma conta bancária, qualquer seja a sua modalidade, constitui uma projeção de personalidade do correntista que a constitui, valendo-se do serviço prestado pela instituição financeira...”

No texto acima transcrito, o Professor Miguel Reale defende o sigilo bancário embasando toda a defesa na tutela da privacidade, uma garantia constitucional. Com o devido respeito ao ilustre jurista, discordamos dessa ligação, e apresentamos as razões que nos motivam, que são as seguintes:

a) O Inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 protege sim o direito à privacidade e à intimidade do ser humano, mas nos casos relacionados a questões éticas, morais e psíquicas da pessoa. Tentar inserir nesse inciso uma questão meramente patrimonial, como é a aplicação bancária, é o mesmo que decretar aos cartórios de registro que não mais divulguem os nomes dos proprietários de terrenos e imóveis porque esse fato seria “atentatório” à dignidade humana.

b) O inciso XIV, o mais utilizado por nossos juristas na defesa do sigilo bancário, também é contestável, o que já foi feito na própria Introdução do nosso trabalho. O segredo profissional deve estar eivado de relevante contexto moral. A atividade bancária, e por conseguinte do banqueiro, está absolutamente aquém desse contexto. Não só não existe troca de confidências, como essa relação pode ser de todo impessoal, ou seja, através de um caixa eletrônico ou mesmo via Internet.

Portanto, contestada está a assertiva que diz ser o sigilo bancário uma variante dos direitos da personalidade constitucionalmente garantidos.

VII – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O direito à vida privada, seguindo as palavras de De Cupis, pode ser definido como um direito negativo, ou seja, “*expresso exatamente pela não-exposição ao conhecimento de terceiros de elementos particulares da esfera reservada do titular.*” Não esquecendo que nenhum direito é absoluto, pode-se dizer que em face de relevante valor social até o direito à privacidade pode ser suplantado. O sigilo bancário, que entendemos não fazer parte dos direitos da personalidade, mas sim dos direitos patrimoniais, e dessa forma deve ser protegido, fica subjugado pelo princípio da publicidade e da supremacia do interesse público. Ainda que fosse considerado um direito da personalidade, também estaria subjugado ao referido princípio. Ao tutelar interesses públicos, a administração não pode jamais considerar a hipótese de prejudicá-los em face de direitos privados e particulares, a não ser que venha a ofender a intimidade de alguém sem razão de interesse realmente público ou não trazendo quaisquer benefícios à coletividade, havendo nesse caso restrições à publicidade.

Existe uma linha bastante tênue divisando a tutela da privacidade e o princípio da publicidade, que deve ser resolvida sempre em consonância com o princípio da finalidade, ou seja, buscando a supremacia do princípio da publicidade apenas quando estiver em jogo o interesse público.

Deve ser considerado também o princípio da proporcionalidade, que é aquele em que os meios e fins devem ser equacionados, para se avaliar se o meio utilizado

é, ou não, proporcional em relação ao fim. Constitui um limite à liberdade de conformação do legislador, pois, pela sua aplicação, podem-se mensurar suas opções políticas em harmonia com os fins constitucionalmente previstos, coibindo-se desvios de finalidade ou excessos de poder. Insere-se o princípio da proporcionalidade no da legalidade, sendo bastante utilizado para a solução de colisão de direitos, tendo em vista que o juiz, dentro de cada caso concreto, deve sopesar as normas em conflito com a realidade fática do problema apresentado e, através da sua discricionariedade, apresentar uma solução à divergência.

VIII - O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O SIGILO BANCÁRIO

Também se discute aqui o princípio da boa-fé, que deve sempre permear qualquer apuração de fatos, vigorando até o momento em que realmente fique provado o contrário. O simples pedido da quebra de sigilo bancário, por qualquer órgão governamental, não deve ser considerado como quebra do princípio em questão. O Professor Miguel Reale, conforme exposto na obra *Questões de direito público*, escreve: *“Convenhamos que, se nem mesmo o juiz pode determinar a suspensão de sigilo previsto em lei, a não ser no âmbito de um processo judicial, cujo caráter contraditório e de ampla defesa é pressuposto intangível, fundamentando devidamente sua decisão, como pode um Procurador, de qualquer categoria, exigir unilateralmente o fornecimento compulsório de informações ou de dados sigilosos, inaudita altera parte, sem o devido procedimento legal, e sem obediência às garantias constitucionais?”*

“Não nos deixemos, portanto, levar pela desmedida paixão da ‘verdade tributária a qualquer custo’, fruto de uma generalizada presunção de má-fé, quando até aos acusados dos crimes mais hediondos se asseguram os usuais instrumentos de prévia defesa, obedecendo-se às salvaguardas constitucionais do devido processo legal e do contraditório”.

Ora, não se trata aqui de acusar ninguém de determinado crime, mas apenas de averiguar se o bem comum, a coletividade, vem sendo lesado pela atitude de algum indivíduo. Se a autoridade governamental, de alguma forma, após a quebra do sigilo bancário, entender que determinada atitude está ocasionando um dano social, tem o provável responsável pelo dano todos os meios de defesa à sua disposição, inclusive podendo recorrer-se do princípio do contraditório e do devido processo legal. O que não se pode admitir é que, baseando-se em princípios constitucionais, desvios de conduta sejam salvaguardados em detrimento do bem-estar social. Isso sim seria uma absurda discrepância jurídica.

Interessante a colocação de Rui Reali Fragoso: *“Curiosamente no Brasil, cujo ordenado legal é similar ao dos países da Europa Continental, o sigilo é rompido toda vez que o gerente ou funcionário do banco telefona ao cliente para indagar sobre o*

interesse da aplicação do saldo disponível'. Ora, por que então não se questiona essa violação? Talvez porque ela seja útil ao cliente, trazendo a ele benefícios patrimoniais. Se realmente fosse um segredo profissional, tal ato, por si só, ensejaria o direito à reparação. Seria o mesmo que a secretária de um médico ficar sabendo de intimidades do paciente.

IX – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela da privacidade possui especial proteção em nossa Constituição, estando inserida na parte que trata das garantias fundamentais. Os direitos da personalidade são inerentes aos seres humanos, estando a eles diretamente relacionados. É o ser humano uma entidade complexa, sujeita a variações de valores, humor e concepções, fato que, conseqüentemente, implica certa maleabilidade na proteção à intimidade. Geralmente, o que vem a significar uma devassa moral para alguns, às vezes chega a ser um dado insignificante para outros. As leis, portanto, ditam regras gerais acerca do instituto em questão, não sendo de maneira alguma taxativas e tipificadoras. Dependendo do grau de evolução da sociedade, prioridades são levantadas, e ao mesmo tempo que novos valores são entendidos como protegidos, outros podem deixar de ser. O sigilo bancário, para nós, é um desses valores. A sua violação sempre foi entendida como uma invasão à privacidade da pessoa, que se defendia através do segredo profissional. Hoje, entendemos não ser mais viável a defesa do sigilo bancário como se um direito à privacidade fosse. Ocorreram não só mudanças substanciais na relação cliente/banqueiro, como na própria atividade bancária, que passou a ser essencial para o desenvolvimento social. As atividades dos bancos passaram a ser regulamentadas por uma série de normas estatais, resultado da finalidade pública de que se revestiram seus serviços. Paralelamente, percebe-se cada vez mais a relação de interesse puramente patrimonial das aplicações bancárias, deixando de ter sentido a ampla, total e irrestrita proteção ao sigilo, em detrimento da defesa do interesse coletivo, como é o caso da punição aos fraudadores do Fisco e aos responsáveis pela lavagem de dinheiro, fase final de contravenções que maculam a convivência social. Citamos também, até para elucidar o caráter público da atividade em estudo, a fiscalização que exerce o Banco Central sobre as próprias instituições financeiras, como modo de impedir a especulação pela especulação, o que coloca em risco as economias de um sem-número de pessoas e de todo o sistema de crédito.

Finalizando, segue um trecho da obra *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, do italiano Pietro Perlingieri, que bem elucida todo o assunto abordado, de forma breve, neste nosso trabalho: “*O sigilo industrial, o sigilo bancário etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário com a tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente*”.

BIBLIOGRAFIA

- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Cavira. Lisboa, Livraria Moraes, 1961.
- FRAGOSO, Rui Celso Reali. O sigilo bancário. *Revista Panorama da Justiça*, out. / nov., 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1965.
- HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 79, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul. / set.1990.
- LORENZZETI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo, Saraiva 1997.
- REALE, Miguel. *Questões de direito pública*. São Paulo, Saraiva 1997.

A MEDIDA PROVISÓRIA E SEU USO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Marco Aurélio Ferrari Barro dos Santos*

1. INTRODUÇÃO :

A história consagrou, desde os primórdios do Império, a separação de poderes que se estendeu até as Constituições Republicanas inauguradas em 1891, de forma harmônica e independente.

Com as modernas Constituições, criaram-se mecanismos capazes de ultrapassar as barreiras impostas pela divisão de poderes, permitindo que outras esferas do Poder Estatal possam emitir atos que, apesar de serem distintos da lei, têm a força e o valor desta.

No Brasil, esse mecanismo recebe o nome de MEDIDA PROVISÓRIA, tendo como origem e antecessor o decreto-lei (Carta de 1937, Carta outorgada de 1967 e Emenda 01/69).

A medida provisória foi idealizada pelo constituinte para substituir os pretéritos decretos-lei, mas sem a força daqueles diplomas criados pela Constituição anterior, diferindo deles por não se admitir sua aprovação pelo decurso de prazo, pois, ao revés, essa perde sua eficácia a partir de sua publicação, caso não venha a ser transformada em lei, no prazo de trinta dias. Além disso, outro ponto que as distingue é o fato de que o decreto-lei tinha sua matéria restrita, o que não ocorre com a medida provisória.

A edição da Medida Provisória é chefiada ao Poder Executivo de modo a atender situações de emergência :

Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

* *Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá.*

Importante salientar que a medida provisória não é lei. Tem FORÇA DE LEI. Seus efeitos gozam da impositividade, aderência e coerção obrigatória que são próprias de lei, sem com isso poder ser com ela confundida. Ela não é expedida, é adotada.

O Presidente da República, ao editar a medida provisória como antes o decreto-lei, cria a lei material, de forma primária, submetida ao controle parlamentar, derivado do poder de legislar que lhe fornece a Constituição e que se não confunde com a delegação de poderes ou legislativa.

2. ORIGEM DA MEDIDA PROVISÓRIA

A fonte inspiradora do instituto da medida provisória no Brasil foi o modelo constitucional democrático italiano dos *provvedimenti provvisori com forza di legge* (Constituição da Itália - artigo 77 - 27.12.1947).

Inegável que a medida provisória, prevista no artigo 62 e parágrafo único da Constituição brasileira de 1988 têm raízes no Direito Constitucional Italiano. Existem, contudo, duas diferenças básicas entre os dois modelos. Uma reside no fundamento e a outra na iniciativa. Na primeira hipótese, cumpre observar que os *provvedimenti provvisori* do texto constitucional italiano são autorizados em caso extraordinário de necessidade e de urgência, ao passo que as nossas medidas provisórias pressupõem caso de relevância e urgência, refletindo redação mais branda na sua primeira parte. Já a diferença decorrente da iniciativa assenta-se nas peculiaridades próprias que separam o sistema parlamentarista do sistema presidencial de governo. Na Itália, os *provvedimenti provvisori* são de iniciativa do Governo, exercido pelo Conselho de Ministros. No modelo brasileiro, a iniciativa de expedição de medida provisória é exclusiva do Presidente da República, a quem cabe, isoladamente, firmar juízo a respeito de sua relevância e urgência, no exercício de sua competência privativa.

3. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como são atos do Poder Executivo, de forte conteúdo político, quer-se dar uma natureza política, ocorre que a medida provisória tem nascedouro constitucional, portanto, tem natureza jurídico-constitucional.

A principal consequência dessa natureza jurídico-constitucional é a possibilidade de limites e de controle, esse controle exercido pelo Congresso Nacional, quando aprova ou rejeita a medida provisória fazendo o que se denomina de controle de constitucionalidade político, principalmente em torno da eficácia, da conveniência e da oportunidade da medida, assim como também pode fazer uma modifica

ção no seu conteúdo.

No entanto, a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos, sejam emanados do Legislativo, sejam do Executivo, compete ao Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Judiciário o controle formal de edição de medida provisória, concernente aos procedimentos que devem ser adotados e o controle material de constitucionalidade, quanto ao conteúdo mesmo da medida, se atenta, ou não, contra o sentido das normas constitucionais, e quanto aos pressupostos de relevância e urgência, se os fatos ensejados da edição estão contidos naquele pressuposto.

4. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA

4.1 RELEVÂNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

A Constituição Federal traz como primeiro pressuposto para o exercício da competência normativa do Presidente da República para adotar medida provisória, a existência de uma circunstância de relevância. Porém, a que “caso” se refere o texto constitucional ? Seria um caso cuidado e a ser solucionado com a adoção da medida normativa ou de uma matéria a ser objeto deste ato normativo a solucionar um caso pendente na sociedade ? Ou ainda, significaria que havendo uma necessidade inflexível emergente na sociedade e que reclama um comportamento para a solução ?

A adoção das medidas provisórias se cogita quando se configurar uma circunstância constatada como de necessidade inevitável na sociedade a ser objeto de um cuidado normativo.

4.2 URGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como pressuposto para o exercício válido e legítimo da competência posta no artigo 62 da Constituição Federal, a necessidade social inevitável deve ser urgente e demandar uma imediata resposta por meio de adoção da medida normativa presidencial. Ou seja, se o cuidado normativo de uma determinada matéria a incidir sobre uma circunstância social puder aguardar pelo menos o prazo mínimo para a tramitação urgente de um projeto de lei (hoje fixado em quarenta e cinco dias), é evidente não se poder fazer uso do instituto da medida provisória por carência de um dos seus pressupostos.

4.3 PROVISORIEDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA

Pressuposto forma procedimental é a provisoriedade da medida adotada. Não se podem adotar medidas cujos efeitos são impossíveis de serem desfeitos, quer porque o objeto que cuidam se submetem à destruição com a sua vigência, quer porque a condição jurídica por elas constituída pode conduzir a uma definitividade de situações decorrente da própria função do Direito de produzir a segurança jurídica e não de subsidiar a desordem e o caos.

4.4 OBJETO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Somente as matérias que não dependerem de leis especialmente definidas ou que não tiverem sido objeto de proibição constitucional expressa poderão ser cogitadas como possíveis de serem tratadas em medida provisória.

5. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

As expressões “relevância” e “urgência” por um lado foram extraídas da linguagem comum e inseridas em um texto legal, por outro lado revestem-se de grande importância para esclarecer em que situações o Chefe do Poder Executivo poderá utilizar-se das medidas provisórias.

Juridicamente, a justificativa da urgência provém, não somente da necessidade de feitura das coisas, como do receio, ou temor, de que qualquer demora, ou tardança possa trazer prejuízos.

O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa, ou ao fato, para que seja feita, ou executada, em primeiro lugar e com maior brevidade, dispensando-se mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades próprias do processo legislativo ordinário.

De acordo com Roque Antônio Carrazza, podemos concluir “que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e iniludíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária”.

Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto.

6. ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PELO CONGRESSO NACIONAL

A Comissão Mista, designada pelo Presidente do Congresso Nacional, será a responsável pela admissibilidade total ou parcial da medida provisória, tomando como base os pressupostos da urgência e relevância.

O Plenário, ao examiná-la, mandará arquivar, se esta for tida como rejeitada, devendo o Presidente do Congresso Nacional baixar ato, declarando-a insubsistente, o que será comunicado ao Presidente da República. Neste caso, a Comissão elaborará projeto de decreto legislativo, para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da vigência da medida cuja tramitação se iniciará na Câmara dos Deputados.

Se a medida provisória for admitida, vencida a barreira inicial, a Comissão tem o prazo máximo de quinze dias, para dar parecer, sobre os aspectos constitucional e mérito. O parecer poderá sugerir a aprovação total ou parcial ou até a alteração da medida (proibida no direito anterior), bem como aprovação ou rejeição da emenda.

A comissão deverá apresentar projeto de lei de conversão relativo à matéria e projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados.

Entretanto, não pode o Legislativo sustar a tramitação da medida provisória, qualquer que seja o pretexto. Essa a orientação seguida pelo Congresso Nacional, como também não pode devolver ao Presidente da República, para sanção, o projeto sem que o Congresso Nacional o aprove.

7. REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias é tese defendida por muitos, mas que restou vencida no embate travado no Supremo Tribunal Federal.

Para os contrários à reedição, um dos argumentos é a vedação expressa no artigo 67 da Constituição Federal, que proíbe a reapresentação na mesma sessão legislativa de projeto de lei rejeitado, salvo mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional. Outro argumento é o de que a reedição é um desrespeito à Constituição que fixou o prazo improrrogável de 30 dias para a vigência do provimento condicional.

No entanto, a tese sustentada pelo Supremo Tribunal Federal é a da

admissibilidade da reedição, nada tendo que se opor se extinguiu-se pelo decurso do prazo, sem manifestação parlamentar. Não obstante, se a medida provisória foi recusada, pelo Congresso Nacional, entende-se não haver razão suficiente para renová-la, visto que o Legislativo expressou claramente sua intenção.

8. EMENDAS AO TEXTO DA MEDIDA PROVISÓRIA

A emenda à medida provisória é aceita sem discrepância. A Constituição não proíbe, o artigo 62 é omissivo a esse respeito, ao contrário do que ocorria no Direito Constitucional anterior, representando notável progresso, permitindo a associação harmônica entre os dois Poderes.

Porém, as emendas aditivas têm um limite : devem girar em torno de assuntos contidos, de algum modo, na medida provisória.

9. EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA : EFEITO EX TUNC

A medida provisória é um ato legislativo constitucionalmente delegado, com força de lei, que deve se transformar em lei própria ou deve ser desconstituído, com o que, a disciplina jurídica a ser veiculada por lei complementar, está vinculada ao inciso II do artigo 59.

A medida provisória tem vida efêmera, já que caduca em, no máximo, 30 dias. Como se isto não bastasse, se neste exíguo prazo não for convertida em lei, perde eficácia *ab initio*. Em outras palavras, a rejeição da medida provisória opera efeito *ex tunc* , isto é, faz com que este ato normativo caia por terra, e, com ele, todos os efeitos que eventualmente produziu.

10. ADMISSIBILIDADE DO USO DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS - CORRENTE FAVORÁVEL

Quando o art. 150, inciso I da Constituição Federal, solicita a lei, como garantia absoluta para instituir ou aumentar tributo, não afastou a medida provisória porque esta constitui uma exceção constitucional, que será utilizada apenas nos casos em que há expressa autorização : urgência e relevância. São as únicas condicionantes.

Vittorio Cassone sustenta que as medidas provisórias não tem limites de abrangência, observados os dois requisitos constitucionais, porque representam instrumento necessário e indispensável para resolver, de imediato, casos de relevância e urgência que raras vezes se apresentam e que o Presidente da República poderá adotar.

A medida provisória, desde que convertida em lei, pelo Congresso Nacional, é instrumento hábil para criar ou extinguir tributos.

11. INADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS

As restrições para os que são contrários ao uso da medida provisória para instituir ou majorar tributos são :

- a medida provisória tem “força de lei”, mas com ela não se confunde;
- o princípio da legalidade, princípio constitucional tributário, restringe a instituição e majoração de tributo à lei propriamente dita;
- o princípio da anterioridade, característica básica da lei tributária, é totalmente incompatível com qualquer noção de urgência e relevância em matéria de instituição e majoração de tributos.
- o princípio da segurança jurídica , determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo em uma lei ordinária.

Tais fatores demonstram, de forma inquestionável, serem as medidas provisórias absolutamente inconciliáveis com a matéria tributária.

12. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINGIDOS PELO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

12.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Esse princípio determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo numa lei ordinária. É necessário, ainda, que esta lei valha para todos, igualmente, de acordo com o princípio da isonomia. Exige-se, pois, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, os quais só podem surgir de lei, igual para todos e irretroativa

Impõe que os contribuintes possam, a qualquer momento, postular a tutela do Poder Judiciário, para que este Poder decida, de forma imparcial, sobre a constitucionalidade ou legalidade das exigências do Fisco.

Este princípio ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das lei, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos e outros.

12.2. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE

Este princípio não é exclusivo da esfera tributária pois se projeta sobre todos os domínios do Direito e está enunciado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal : “Art. 5º (...) : II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Neste dispositivo, contido no rol dos direitos individuais, encontra-se formulado o conceito da liberdade. Esta liberdade consiste, de modo geral, no fato de a atividade dos indivíduos não poder encontrar outro óbice além do contido na lei. É a doutrina que já estava embutida na “Declaração de Direitos de 1789”.

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo : *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur* (“É permitido a cada um fazer o que a lei (o direito) não proíbe”). Diferentemente, a Administração só pode fazer o que a lei lhe determina (princípio da conformidade com as normas legais).

Hoje, esse princípio preside a política de incentivos fiscais, a concessão e revogação de isenção, de remissão e de anistia.

12.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade é especificamente tributário, já que se projeta, apenas, no campo da tributação (federal, estadual, municipal e distrital).

Este princípio está contido no artigo 150, inciso III, letra “b” da Constituição Federal :

“Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios : (...) III - cobrar tributos (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Ao consagrar tal princípio, a Constituição Federal termina por adiar a eficácia das leis tributárias (ordinárias ou complementares) que criam ou majoram tributos. Desta forma, os atos de cobrança de tais tributos só poderão ocorrer a partir do exercício seguinte à publicação da lei que instituiu ou majorou. O contrário se dá com as medidas provisórias, antes mesmo de se converterem em lei já têm eficácia. Isto porque a Constituição lhes antecipa a eficácia, consentindo na aplicabilidade

imediate e prévia à própria existência da lei.

Logo, em 31 de dezembro de cada exercício, o Estado esgota seu poder tributário em potencial para criar ou aumentar tributos a serem cobrados a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

BIBLIOGRÁFIA

BARROS, Zileida de Vasconcelos, *A reedição da Medida Provisória*, {on line}

[http : //www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), novembro de 2000.

CARRAZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 13ª edição, Editora Malheiros, São Paulo - SP, 1999.

CASTRO, Alexandre Barros, *Tributos x Medidas Provisórias no Direito Brasileiro*, Editora Carthago e Forte, São Paulo - SP, 1992.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo - SP, 1998.

FABRIS, Sérgio Antônio, *Medida Provisória na Constituição de 1988*, Editora Editor, Porto Alegre - RS, 1997.

GOMES, Lúcia Helena de Andrade, *Como preparar sua Monografia Jurídica*, Editora Literarte, Jundiaí - SP, 1999.

A BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Luís Henrique Neris de Souza*

O conhecido cálculo por dentro, apesar de ser um tema que constantemente os tribunais se mostram a favor da Fazenda, não é aceito de forma mansa pelos contribuintes que continuam a contestá-lo. Assim, compete a nós cidadãos e estudiosos do direito debruçarmo-nos, ainda, sobre tal assunto e estudá-lo com bastante critério. Será que tal forma de cálculo esta correta?

1. INTRODUÇÃO

Dentre o tema multifacetário do Direito Tributário, um dos que ainda se mostram como vetor de controvérsias é o da base de cálculo dos impostos, em especial do ICMS, tema este guerreado em nossos tribunais diariamente.

Primeiramente faz-se necessário lembrar que tal imposto está previsto em nosso ordenamento Constitucional em seu artigo 155. *“in verbis”*

“Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre”.

I -...

II - operações relativas à **circulação de mercadorias** e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; *“(grifo nosso)”*.

Importante antes, porém, trazer à luz qual a definição de fato gerador para o legislador, qual seja:

“Artigo 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Conforme se depreende do texto legal, acima transcrito, o imposto em comento tem o seu fato gerador consumado com a **“circulação de mercadoria”**, surgindo deste fato a obrigação de carrear aos cofres públicos o valor da exação.

* Bacharel em Direito pela Faculdade Padre Anchieta de Jundiaí

Tal situação, depois de trazida ao mundo fenomênico, deve ser mensurada, medida de acordo com uma base, temos então a gênese do elemento quantitativo que conforme o mestre Paulo de Barros Carvalho:

“No elemento quantitativo estarão presentes os fatores de composição do valor pecuniário, que há de ser, necessariamente, o objeto da prestação. Repousa aqui o sainete próprio da categoria obrigacional, em face das demais relações tributárias, de modo que o grupo de indicações que o intérprete obtém, na leitura atenta dos textos legais, e que lhe torna possível precisar, com segurança, a exata quantia devida a título de tributo, é aquilo que chamo de elemento quantitativo do fato jurídico tributário. Invariavelmente, virá explícito pela conjugação de duas entidades: **base de cálculo** e alíquota,...” (grifo nosso).

Em uma primeira análise, esta situação se mostra simples, porém não é o que acontece, uma vez que o que mais se discute em nossos tribunais são os itens que devem compor tal base, o que poderia estar incluído na base de cálculo e como seria composta a base de cálculo.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A base de cálculo empresta o critério para a mensuração correta do aspecto material da hipótese de incidência, assim a base de cálculo é a dimensão da materialidade do tributo, é esta que permite a quantificação em pecúnia do fato imponible tributário.

É por meio desta base que o contribuinte poderá saber o quanto deve recolher aos cofres públicos, a partir daí tem-se então o “*quantum debeatur*”, após a ocorrência do fato imponible.

Por meio de uma clara definição do jurista espanhol Jose Juan Ferreira Lapatza, poderemos dar início a análise da composição da base de cálculo, senão vejamos:

“ Haciendo abstracción ahora de los casos concretos, podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa”.

A partir deste ensinamento, podemos perceber que a base de cálculo, a base imponible, ou a matéria tributável, é composta por toda a dimensão pecuniária da operação a sofrer a exação, ou seja, no caso do ICMS, a base de cálculo é o valor da mercadoria que irá circular.

A grande celeuma vem à tona no momento em que o legislador, por meio da lei complementar 87/96 em seu artigo 13, dispõe que o montante do imposto a ser pago deve integrar a base de cálculo, conforme a letra da lei “*in verbis*”:

“Artigo 3 - A base de cálculo do imposto é:

I - Na saída de mercadoria prevista, nos incisos I, II, IV, do artigo 12, o valor da operação;

II - ...

§1º Integra a base de cálculo do imposto:

I - O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.”(grifo nosso)”.

Com a inclusão deste montante, acima grifado, insurgem-se os contribuintes alegando que tal prática conduz ao vedado princípio da bitributação, porém tal assertiva não encontra respaldo em nossos tribunais uma vez que, parte da jurisprudência e da doutrina não entende desta forma, pois acreditam que a base de cálculo deve ser integrada por todos os elementos econômicos relacionados à operação.

Deve-se neste caso tomar muito cuidado com tal interpretação uma vez que entre estes elementos estão o valor de outro imposto, ou seja, o valor do IPI, que não deve ser incluído na base de cálculo, uma vez que neste caso, de inclusão do IPI, teríamos a tão propalada bitributação, pois o Fisco estaria tributando duas vezes o mesmo fato gerador.

Vale lembrar o conceito de bitributação que nos é dado de maneira bem simples pelo Professor Roque Antonio Carrazza em sua obra “Curso de Direito Constitucional Tributário 12ª Edição - Malheiros - página 394”:

“... bitributação é o fenômeno pelo qual o *mesmo fato jurídico* vem a ser tributado por duas ou mais pessoas políticas”.

A jurisprudência por sua vez ampara e reconhece o cálculo “por dentro”, esta é a classificação dada à inclusão da alíquota na base de cálculo do imposto, vejamos:

“ICMS - CÁLCULO POR DENTRO LEGITIMIDADE”

ICMS. Base de cálculo. É o Valor da operação que decorre à saída da mercadoria.

1. A base de cálculo do ICMS é o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria, valor esse que representa “o universo monetário tributado ainda que incluso a carga fiscal que onera o preço da mercadoria posta à disposição comercial.”

2. Aplicação e interpretação do DL. N. 406/68, artigo 2º, item I, e DL n. 5/85, artigo 14, item I.

3. Recurso conhecido e improvido. Resp. N. 86.653/SP - 1ª Turma - v.u - 180496 - Rel. E. Min. (José Delgado) DJU, de 20.05.96.”.

Para descontentamento total dos contribuintes, tal procedimento, como visto acima, é amplamente aceito, pois tais assertivas encontram tanto respaldo legal como doutrinário, vejamos mais um ensinamento do festejado mestre Celso Ribeiro de Bastos:

“A questão relativa à base de cálculo do ICMS vem minuciosamente regulada nos artigos de 4 a 20 do convênio ICM n. 66/88. Grosso Modo, pode-se dizer que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação ou do serviço, aí incluído os juros, seguros e demais importâncias debitadas dos usuários dos serviços. Por outro lado, não integram a base de cálculo o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos e o IPI, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a industrialização ou comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos (ICMS e IPI)”.

Cumpra-se anotar, ainda, que o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo, constituindo o destaque nos documentos fiscais mera indicação para controle “(grifo nosso).

Com isso, não há o que se falar em bitributação, uma vez que todos os requisitos da tipologia tributária foram alcançados, sendo ainda que o malfadado cálculo “por dentro” esta previsto em lei competente conforme o texto legal colacionado linhas atrás obedecendo assim o princípio da estrita legalidade, ou seja, a lei deve prescrever todos os elementos da regra matriz .

3. CONCLUSÃO

Porém, contra toda esta aparência de legalidade levanta-se o mestre Roque Antonio Carrazza em sua obra “Curso de Direito Constitucional Tributário” 12ª Edição - página 580 - nota de rodapé - nos dando a verdadeira dimensão deste problema, vejamos:

“... que o montante de ICMS não pode integrar sua própria base de cálculo, sob pena de se desnaturar o tributo e, o que é pior, de se infligir maus-tratos ao

estatuto do contribuinte, constitucionalmente traçado”.

Na verdade, tudo está em saber se é possível inserir na base de cálculo do ICMS a sua própria incidência, ensejando a cobrança de imposto sobre imposto.

Pensamos que não, sob pena de não se respeitar a regra contida na parte final do inciso 9º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Para melhor ilustrarmos nossa idéia, digamos que o valor do consumo da energia elétrica seja R\$ 100,00 e que a alíquota aplicável seja 25%. A equação correta seria:

$$\text{ICMS} = \text{base de cálculo} \times 25/100; \text{ ou } \text{ICMS} = 100 \times 25/100 = 25$$

Com aplicação desta singela e correta fórmula, impossível seria cobrar o ICMS em valor superior a 25% de sua base de cálculo.

De seu turno, a Fazenda do Estado de São Paulo propõe, com apoio no art. 33 da lei 6374/89, outra equação, que se nos afigura inaceitável:

$$\text{ICMS} = \text{base de cálculo} \times 25 / \text{base de cálculo} - 25; \text{ ou};$$

$$\text{ICMS} = 100 \times 25/100 - 25 = 2.500/75 = 33,33...”.$$

O que se depreende da lição retro é que a Fazenda Estadual neste caso se aproveitou do silêncio da Constituição e aumentou consideravelmente o âmbito de abrangência da base de cálculo do tributo em comento.

Como ainda nos ensina Roque Antonio Carrazza na mesma obra:

“... nenhum tributo pode incidir sobre qualquer outro ou sobre si próprio...”

Finalizando, o leque de comandos que disciplinam tal imposto se mostra completo, delineando todo o tipo tributário, condição “sine qua non” para que a exação opere, vejamos o ensinamento do mestre Alexandre Barros Castro em artigo publicado em “ - Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Jundiá - SP nº I “

“Faz-se mister que a lei instituidora contenha todos os elementos essenciais ao tributo, descrevendo-lhe o pressuposto de fato, a base de cálculo, a alíquota, além dos sujeitos ativo e passivo”.

Assim, resta ao contribuinte a alternativa de esperar que talvez as convicções legais mudem e que tal meio de cálculo caia por terra, uma vez que este não está apoiado no terreno movediço das elucubrações e sim na firmeza do solo jurídico que neste caso teve a sua utilização feita de forma equivocada, atendendo apenas aos anseios arrecadatatórios do Fisco.

Bibliografia

Bastos, Celso Ribeiro, (1994) *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.

Becker, Alfredo Augusto, (1998) *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª Ed. São Paulo: Editora Lejus.

Carrazza, Roque Antonio, (2000) *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 15ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.

Carvalho, Paulo de Barros, (1998) *Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência*, São Paulo: Editora Saraiva.

Castro, Alexandre Barros, (2000) *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, nº I, *Princípios Constitucionais: Sua Relevância para o Direito Tributário*, Jundiaí.

Lapatza, Jose Juan Ferreira, (1992) *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid: Marcial Pons.

O DESPORTO NO BRASIL SOB A ÓTICA DA LEI PELÉ

Jean Marcel Mariano de Oliveira^S

1. INTRODUÇÃO

Através dos séculos, a prática esportiva tem sido mundialmente utilizada como forma de integração social, ou seja, uma atividade voltada também para a pacificação de conflitos entre os diversos povos do globo terrestre. Também, nas últimas décadas, o esporte tem sido protagonista de cenas memoráveis no cenário mundial, tal como a alegria estampada nos rostos de norte-americanos e iranianos numa partida de futebol, disputada no ano de 1.998, durante a Copa do Mundo da França, partida esta que no entender de muitos, era simplesmente a mudança de uma guerra que se instalou tempos atrás num campo de batalha, para um campo de futebol, mas que, na prática, serviu como estímulo para a declaração da paz entre as nações, cena esta que se repetiu meses depois numa partida amistosa. Ou ainda, numa partida de voleibol disputada entre o mesmo Irã e o seu “inimigo” político Iraque, onde os atletas deixaram de lado as diferenças existentes em prol da paz entre as nações.

No Brasil, embora fosse tido como um meio para integração entre as diversas classes de pessoas existentes no país, o desporto saudável tem cedido lugar a um desporto voltado para o comércio, onde os interesses empresariais sobrepujam-se aos interesses da comunidade em geral, acabando por gerar inúmeras suspeitas acerca da honestidade desta “intervenção” empresarial no desporto, que acabaram por dar início às chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs. Não é de hoje que prática desportiva no Brasil vem sofrendo grande influência empresarial e comercial em suas atividades, haja vista o alto preço pago para a aquisição dos “passes” dos atletas de futebol brasileiro e estrangeiro, bem como a venda destes “passes” por preços altíssimos para outros clubes, em verdadeiras atividades mercantis, onde a última coisa que interessa é a vontade do atleta e de sua família.

Com a intenção de resolver esta situação, ou ao menos minimizá-la, e ainda na tentativa de devolver ao desporto aquela característica de ser acima de tudo um instrumento de integração social, foi sancionada a Lei n.º 9.615, de 24 de março de

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

1.998, conhecida como Lei Pelé, a qual regulamenta a prática esportiva no Brasil, em suas mais variadas formas.

É sob este enfoque que passaremos a analisar alguns dispositivos desta lei, fazendo alguns comentários quando necessário, sempre dando maior ênfase ao desporto propriamente dito do que em relação à organização das entidades desportivas brasileiras, diga-se de passagem muito bem distribuídas pela Lei Pelé.

2. DOS PRINCÍPIOS

Art. 2.º. O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

I — da soberania, caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva;

II — da autonomia, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva;

III — da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação;

IV — da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor;

V — do direito social, caracterizado pelo dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e não-formais;

VI — da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional;

VII — da identidade nacional, refletido na proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional;

VIII — da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional;

IX — da qualidade, assegurado pela valorização dos resultados desportivos, educativos e dos relacionados à cidadania e ao desenvolvimento físico e moral;

X — da descentralização, consubstanciado na organização e funcionamento harmônicos de sistemas desportivos diferenciados e autônomos para os níveis federal, estadual, distrital e municipal;

XI — da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial;

XII — da eficiência, obtido por meio do estímulo à competência desportiva e administrativa.

O princípio da soberania nacional na organização desportiva encontra-se previsto na Lei Pelé, como acima demonstrado. Significa dizer que compete somente às entidades desportivas brasileiras a organização dos torneios e campeonatos dentro do território nacional, o que na prática não acaba ocorrendo integralmen-

te desta forma. A título de exemplo, devemos ter em mente a que FIFA, órgão máximo internacional de futebol, não raramente intervém nas decisões tomadas pela Confederação Brasileira de Futebol – CBF, sempre ameaçando excluir as seleções brasileiras das Copas do Mundo, exercendo, em última análise, um verdadeiro controle externo sobre os atos deste órgão.

Em outros incisos deste dispositivo legal, deparamos-nos com alguns princípios decorrentes das previsões constitucionais acerca do direito à liberdade, como é o caso do princípio da autonomia.

Por fim, outro princípio extremamente importante é o da educação, segundo o qual tem por finalidade atribuir ao desporto a qualidade de formador do desenvolvimento integral do ser humano, atribuindo também prioridade ao desporto educacional dos recursos públicos para esse fim, sempre lembrando que o escopo principal do desporto é promover a integração social.

Na prática, o que se entende por desporto no Brasil são as práticas desportivas vistas pela televisão ou em outros meio de comunicação, sempre com finalidade lucrativa e profissional, deixando em segundo plano aquela desenvolvida nas escolas e clubes com a intenção de se descobrirem novos esportistas e promoverem a socialização daquelas pessoas de menor poderio econômico.

3. DA NATUREZA E FINALIDADE DO DESPORTO

Art. 3.º. O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I — desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

II — desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III — desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I — de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva;

II — de modo não-profissional, compreendendo o desporto:

- a) semiprofissional, expresso em contrato próprio e específico de estágio, com atletas entre quatorze e dezoito anos de idade e pela existência de incentivos materiais que não caracterizem remuneração derivada de contrato de trabalho;
- b) amador, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de qualquer forma de remuneração ou de incentivos materiais para atletas de qualquer idade.

Sob o título “da natureza e finalidade do desporto”, deparamo-nos com a classificação legal do desporto no Brasil, qual seja o desporto educacional, o desporto de participação e o desporto de rendimento, neste entendido o desporto profissional e o não profissional (semiprofissional e amador).

Como visto no título anterior, o desporto educacional é aquele praticado como lazer, nos clubes e nas escolas, com a finalidade única de proporcionar o desenvolvimento integral do ser humano e prepará-lo para o exercício da cidadania. Tem também por finalidade promover a integração social dos seus praticantes, como é visto nas competições interescolares e em competições internas de escolas e agremiações.

O desporto participação caracteriza-se pela voluntariedade de sua prática, sendo certo que, em última análise, possui a mesma finalidade do desporto educacional, deste diferenciando apenas no grau de exigência no que diz respeito à formação do cidadão, o qual já foi formado pelo desporto educacional, e estará apto inclusive para colaborar com a preservação do meio ambiente através do desporto participação.

Já o desporto rendimento, como o próprio nome diz, é aquele caracterizado pela necessidade constante de se obter resultados positivos, tanto como competição quanto de retorno financeiro. Nesta modalidade, surge a internacionalização do desporto, qualidade esta não prevista nas outras duas modalidades.

Dentro da modalidade de desporto rendimento, temos o desporto profissional, o qual é responsável pela maior parte do cumprimento das finalidades desta modalidade de desporto, e o desporto não-profissional, atualmente deixado em segundo plano por algumas entidades, mas muito bem desenvolvida por outras, como por exemplo o clube BANESPA no voleibol, o São Paulo Futebol Clube, a Associação Atlética Ponte Preta e o Etti Jundiaí Futebol Limitada no futebol e a Prefeitura Municipal de Santo André no basquetebol, dentre outras que ainda gastam seu tempo e dinheiro naquilo que significa o progresso do desporto brasileiro.

É importante ressaltar nesse momento que o Poder Público tem função extremamente importante no desporto nacional, mormente naquele educacional e

não profissional, devendo dedicar parte do seu orçamento para cobrir os gastos no desenvolvimento destas modalidades desportivas, já que a mesma possui mais caráter educativo do que propriamente competitivo, o que torna este investimento de interesse geral da coletividade.

4. O DESPORTO NÃO-PROFISSIONAL

Art. 36. A atividade do atleta semiprofissional é caracterizada pela existência de incentivos materiais que não caracterizem remuneração derivada de contrato de trabalho, pactuado em contrato formal de estágio firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1.º. Estão compreendidos na categoria dos semiprofissionais os atletas com idade entre quatorze e dezoito anos completos.

§ 2.º. Só poderão participar de competição entre profissionais os atletas semiprofissionais com idade superior a dezesseis anos.

§ 3.º. Ao completar dezoito anos de idade, o atleta semiprofissional deverá ser obrigatoriamente profissionalizado, sob pena de, não o fazendo, voltar à condição de amador, ficando impedido de participar em competições entre profissionais.

§ 4.º. A entidade de prática detentora do primeiro contrato de trabalho do atleta por ela profissionalizado terá direito de preferência para a primeira renovação deste contrato, sendo facultada a cessão deste direito a terceiros, de forma remunerada ou não.

§ 5.º. Do disposto neste artigo estão excluídos os desportos individuais e coletivos olímpicos, exceto o futebol de campo.

Art. 37. O contrato de estágio do atleta semiprofissional obedecerá a modelo padrão, constante da regulamentação desta Lei.

Art. 43. É vedada a participação em competições desportivas profissionais de atletas amadores de qualquer idade e de semiprofissionais com idade superior a vinte anos.

Art. 45. As entidades de prática desportiva serão obrigadas a contratar seguro de acidentes pessoais e do trabalho para os atletas profissionais e semiprofissionais a elas vinculados, com o objetivo de cobrir os riscos a que estão sujeitos.

Parágrafo único. Para os atletas profissionais, o prêmio mínimo de que trata este artigo deverá corresponder à importância total anual da remuneração ajustada, e, para os atletas semiprofissionais, ao total das verbas de incentivos materiais.

O atleta não-profissional subdivide-se em outras duas categorias: o atleta

semiprofissional e o atleta amador. Nos dizeres da lei, o atleta semiprofissional deverá firmar contrato próprio, formal, específico de estágio, sendo firmado entre agremiações esportivas e atletas entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos de idade, os quais recebem incentivos materiais sem natureza de remuneração (salário) derivada de contrato de trabalho. Em outras palavras, não é empregado da instituição na qual pratica o desporto. Possui também como característica a vinculação junto à Federação Estadual ou à Confederação Nacional da modalidade que pratica, o que o impedirá de praticar a mesma modalidade por agremiações diferentes. Ao completar 18 (dezoito) anos de idade, o atleta semiprofissional deverá ser obrigatoriamente profissionalizado, sob pena de, não o fazendo, voltar à condição de atleta amador, ficando impedido de participar de competições entre profissionais e perdendo aquele vínculo com a agremiação.

Aspecto importante inserido na Lei Pelé, e que aproxima bastante o atleta semiprofissional do atleta profissional, é a obrigação das entidades de prática desportiva em contratar seguro de acidentes pessoais e do trabalho para os atletas profissionais e também para os atletas semiprofissionais a elas vinculados, o qual deverá ser suficiente para cobrir os riscos a que os atletas estão sujeitos durante a prática desportiva. Como é cediço, diversos são os casos de contusões e acidentes que ocorrem durante a prática desportiva e que incapacitam o atleta durante determinado período de tempo para a prática desportiva e ainda para os atos de sua vida particular.

Já o atleta amador é aquele de qualquer idade, que se identifica pela liberdade de prática e pela inexistência de remuneração ou de incentivos materiais, é o chamado "atleta de final de semana", que se une a outros para a prática desportiva. Em um ou em outro caso não há qualquer vínculo empregatício entre a agremiação e o atleta, o que impede que a discussão de eventuais dissídios seja feita na Justiça do Trabalho, mas sim na Justiça Comum Estadual.

Na prática, de acordo com o princípio geral previsto no direito brasileiro de que o juiz deve ater-se mais à intenção das partes do que ao que está escrito no contrato, caberá em última análise ao Poder Judiciário a classificação de determinado atleta em uma das modalidades desportivas mencionadas na lei, atribuindo assim os efeitos decorrentes desta classificação.

5. DA PRÁTICA DESPORTIVA PROFISSIONAL

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento,

rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1.º. Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2.º. O vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais, com o término da vigência do contrato de trabalho.

Novamente aqui nos deparamos com uma modalidade desportiva caracterizada pelo formalismo contratual, desta vez com vínculo empregatício, e que como tal impõe o pagamento de remuneração sob a forma de salário, mas impõe ao atleta a subordinação às ordens da entidade profissional. Assim, o atleta profissional é regido pela Lei Pelé, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e demais leis providenciárias aplicáveis aos trabalhadores em geral.

Da mesma forma que para o atleta semiprofissional, e ainda com mais razão para o atleta profissional, existe previsão do vínculo desportivo, o qual é acessório ao vínculo empregatício, significando dizer que um atleta vinculado a determinada entidade, somente para esta poderá desenvolver suas atividades, divergindo neste ponto do contrato normal de trabalho, pois neste, havendo compatibilidade de horários, é possível a prestação de serviços a mais de um empregador.

No que diz respeito à remuneração do atleta profissional, esta é composta do salário, “luvas”, “bichos” e direito de arena, e ainda, a título de indenização, uma participação de 15% (quinze por cento) do valor auferido pela entidade desportiva com a venda do seu “passe”. As disposições acerca do salário encontram-se previstas na CLT e como tal são aplicáveis ao atleta profissional. As “luvas” caracterizam-se pela importância devida pela entidade desportiva ao atleta profissional na forma livremente pactuada no contrato de trabalho, podendo ser em pecúnia ou em espécie. Os “bichos” são valores pagos aos atletas como forma de premiação pelas vitórias conseguidas durante determinado campeonato, visando a compensá-lo pelo bom desempenho e estimulá-lo a conseguir resultados ainda melhores. Por fim, o direito de arena, erigido a garantia constitucional, consiste numa participação do atleta em razão da transmissão ou retransmissão de qualquer espetáculo desportivo público, com entrada paga, no qual o mesmo tenha participado.

No que diz respeito à subordinação do atleta, é necessário uma maior atenção ao poder disciplinar da entidade desportiva (empregador), jornada de trabalho e concentração. Com relação ao poder disciplinar da entidade desportiva, o mesmo consiste na possibilidade de serem aplicadas aos atletas as seguintes penalidades: advertência, censura escrita, multa, suspensão, desfiliação ou desvinculação. A multa poderá corresponder ao equivalente a 40% (quarenta por cento) do salário

do atleta, conforme artigo 15, § 1º da Lei n.º 6.354/76) e deverá obrigatoriamente reverter-se ao fundo de assistência do atleta profissional. Com exceção das penalidades de suspensão, desfiliação e desvinculação, as quais devem ser pronunciadas pela Justiça Desportiva, as demais poderão ser aplicadas sempre que verificada alguma infração pelo atleta, sendo desnecessário qualquer procedimento administrativo preparatório. Assim, qualquer dirigente de entidade desportiva, seja ele municipal, estadual, nacional ou internacional, poderá aplicar punições ao atleta profissional, o que significará em interferência externa no contrato de trabalho entre a entidade desportiva e o atleta profissional, sendo este mais um traço distintivo entre o contrato de trabalho de atleta profissional e os contratos de trabalho em geral.

Outro aspecto interessante no direito desportivo é a existência do chamado “passe”, que consiste num instrumento que permite a contratação do atleta por outra entidade de prática desportiva, depois de comprovada a sua desvinculação da entidade à qual prestava serviços.

Considerado por muitos como um instrumento criado a nível mundial para impedir o aliciamento e a concorrência desleal na contratação dos atletas, é pela maioria considerado um obstáculo à livre manifestação de vontade deste atleta, o qual estará impedido de desvincular-se de determinada entidade sem o pagamento por uma outra do valor de seu “passe”, impedindo em consequência o “livre exercício de sua profissão”.

Ocorre que, nos termos do artigo 28, §2º da Lei Pelé, que passa a ter vigência em 25 de março de 2.001, mencionado instituto será extinto, o que vem causando sérias controvérsias entre os dirigentes de prática desportiva pelo prejuízo inicial que esta extinção causará às entidades de prática desportiva. Por isso, percebe-se no cenário legislativo nacional uma vontade muito grande em editar um novo diploma legislativo capaz de postergar ainda mais a vigência deste dispositivo legal que extingue o “passe”.

Embora seja uma praxe no “mundo” desportivo, mencionado instituto (passe) está longe de cumprir no Brasil os ditames constitucionais acerca da liberdade de exercício profissional, reduzindo o atleta a uma mera mercadoria, causando inúmeras injustiças, pelo que, andou bem o legislador pátrio ao prever a extinção deste instituto, mesmo que somente a nível nacional, o que significará um grande avanço no sentido de corrigir estas injustiças.

Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora de atleta terá o direito de assinar com este o primeiro contrato de profissional, cujo prazo não poderá ser superior a

dois anos.

Parágrafo único. (VETADO)

Através deste dispositivo legal, consagrou a Lei Pelé o chamado “princípio da prioridade” através do qual a entidade formadora possui o direito de assinar com o atleta o seu primeiro contrato profissional, o qual não poderá possuir prazo superior a 02 (dois) anos. A vontade do legislador, diga-se de passagem, muito reclamada anteriormente pelas entidades desportivas, foi a de coibir uma prática muito comum no desporto nacional, ou seja, o atleta era formado nas categorias de base por determinada entidade desportiva, e acaba vinculando-se profissionalmente com outra entidade, o que desestimulava a descoberta e formação de novos atletas pelas entidades desportivas.

Nos moldes da legislação atual, a entidade formadora terá a prioridade para assinar o primeiro contrato profissional com o atleta e somente com a renúncia deste direito é que o atleta poderá vincular-se a outra entidade desportiva.

Art. 38. Qualquer cessão ou transferência de atleta profissional, na vigência do contrato de trabalho, depende de formal e expressa anuência deste, e será isenta de qualquer taxa que venha a ser cobrada pela entidade de administração.

Art. 39. A transferência do atleta profissional de uma entidade de prática desportiva para outra do mesmo gênero poderá ser temporária (contrato de empréstimo) e o novo contrato celebrado deverá ser por período igual ou menor que o anterior, ficando o atleta sujeito à cláusula de retorno à entidade de prática desportiva cedente, vigorando no retorno o antigo contrato, quando for o caso.

Art. 40. Na cessão ou transferência de atleta profissional para entidade de prática desportiva estrangeira observar-se-ão as instruções expedidas pela entidade nacional de título.

Parágrafo único. As condições para transferência do atleta profissional para o exterior deverão integrar obrigatoriamente os contratos de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva brasileira que o contratou.

Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses.

Na vigência das legislações anteriores, tornou-se praxe no desporto nacional, mormente no futebol, as entidades desportivas cederem a título de “empréstimo” seus jogadores para atuarem somente nos momentos decisivos das competições por outras agremiações e depois serem devolvidos aos seus clubes de origem. Assim, os atletas emprestados chegavam a atuar pelos novos clubes por

duas ou três partidas e depois retornavam aos seus clubes de origem.

Neste caso, o legislador teve como escopo coibir estes abusos, que acabavam somente por prejudicar o atleta e também aqueles clubes com menor potencial financeiro, os quais desenvolviam trabalhos durante todo o ano, sempre voltados para toda a competição e tinham este trabalho comprometido por clubes com maior poder econômico e que somente contratavam nos momentos finais dos campeonatos.

Desta forma, aqueles clubes detentores dos atletas não mais poderiam cedê-los a outros clubes por período inferior a três meses, e também não tinham mais interesse em ceder por prazo superior a três meses, pois seriam prejudicados em sua fase de pré-temporada, na qual não poderiam contar com seu atleta.

Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato de trabalho daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra agremiação de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a multa rescisória e os haveres devidos.

§ 1.º. São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

§ 2.º. A mora contumaz será considerada também pelo não recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias.

§ 3.º. Sempre que a rescisão se operar pela aplicação do disposto no caput, a multa rescisória a favor da parte inocente será conhecida pela aplicação do disposto nos arts. 479 e 480 da CLT.

Art. 32. É lícito ao atleta profissional recusar competir por entidade de prática desportiva quando seus salários, no todo ou em parte, estiverem atrasados em dois ou mais meses;

Art. 33. Independentemente de qualquer outro procedimento, entidade nacional de administração do desporto fornecerá condição de jogo ao atleta para outra entidade de prática, nacional ou internacional, mediante a prova da notificação do pedido de rescisão unilateral firmado pelo atleta ou por documento do empregador no mesmo sentido.

Estes dispositivos legais são corolários daquele direito do trabalhador já estampado na Consolidação do Trabalho, ou seja, a demissão indireta. Assim,

nenhum atleta será obrigado a atuar por suas equipes se as mesmas estiverem com seus pagamentos em atraso e ainda prevê a possibilidade deste atleta vincular-se regularmente a outra entidade desportiva mediante simples comprovação da rescisão unilateral do contrato de trabalho entre o atleta e o clube, o que evitará que atletas fiquem dependentes da vontade exclusiva das entidades empregadoras e possam batalhar pelo seu próprio sustento e de sua família. Na prática, não se tem visto os atletas vinculados a clubes nesta situação valer-se deste direito e pleitearem sua vinculação a outras entidades. Explica-se os altos salários dos atletas de clubes considerados “grandes” foram os grandes responsáveis pelo caos financeiro destas entidades, normalmente as mais atingidas por estes problemas financeiros. Com a vedação de que um mesmo atleta exerça suas funções por dois clubes num mesmo campeonato, os atletas teriam que procurar clubes de divisões inferiores, o que muitas vezes não é interessante para a carreira do atleta. Assim, os mesmos preferem continuar atuando por seus clubes mesmo sem receber salários do que ter que procurar um outro clube de uma divisão inferior. Desta forma, esta situação prática foi a maior responsável pelo fato desta faculdade legal ser muito pouco usada no Brasil.

Art. 41. A participação de atletas profissionais em seleções será estabelecida na forma como acordarem a entidade de administração convocante e a entidade de prática desportiva cedente.

§ 1.º. A entidade convocadora indenizará a cedente dos encargos previstos no contrato de trabalho, pelo período em que durar a convocação do atleta, sem prejuízo de eventuais ajustes celebrados entre este e a entidade convocadora.

§ 2.º. O período de convocação estender-se-á até a reintegração do atleta à entidade de que o cedeu, apto a exercer sua atividade.

Por este imperativo legal, ficou previsto que nos períodos de convocação dos atletas para participação de eventos pelas seleções estaduais ou nacionais, as entidades convocantes ficariam responsáveis pelo pagamento das obrigações decorrentes dos contratos de trabalho entre os atletas e seus clubes de origem. Assim, as entidades convocantes tornam-se vinculadas por um contrato no qual elas não participaram, mas aceitaram tacitamente ao convocar determinado atleta numa situação mais onerosa que a de outro atleta. Embora os contratos façam lei somente entre as partes contratantes, parece claro que as entidades convocantes poderão ter acesso a esses contratos para previamente cientificar-se das obrigações a que estarão sujeitas, evitando assim surpresas após a convocação destes atletas.

Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1.º. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento.

§ 2.º. O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

§ 3.º. O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Com este dispositivo legal, corroborou o legislador com o chamado “Direito de Arena” já consagrado na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXVIII, letra “a”) e em legislações infraconstitucionais (Lei n.º 5.988/73, artigo 100). Este artigo assegura a distribuição de um percentual equivalente a 20% (vinte por cento) do preço cobrado pelas entidades desportivas para transmissão ou retransmissão da imagem de espetáculos públicos, entre os atletas participantes deste espetáculo. Como já mencionado anteriormente, a doutrina tem atribuído a natureza de remuneração ao direito de arena, que irá compor o cálculo do FGTS, 13º salário, férias e contribuições previdenciárias, já que sua incidência é retirada do cálculo do aviso prévio, repouso semanal remunerado, horas extras e adicional noturno, por força do Enunciado n.º 354 do Tribunal Superior do Trabalho. As manchetes jornalísticas, denominadas de “flagrantes de espetáculo” não excedente a 30% (trinta por cento) do total do tempo previsto para o espetáculo estão excluídos do imperativo deste dispositivo legal. Ao mencionar que o espectador pagante equipara-se ao consumidor para todos os efeitos legais, atribuiu a estes espectadores todos os direitos previstos na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), facilitando muito aqueles espectadores que se julgarem lesados em virtude dos espetáculos desportivos.

Art. 45. As entidades de prática desportiva serão obrigadas a contratar seguro de acidentes pessoais e do trabalho para os atletas profissionais e semiprofissionais a elas vinculados, com o objetivo de cobrir os riscos a que estão sujeitos.

Parágrafo único. Para os atletas profissionais, o prêmio mínimo de que trata este artigo deverá corresponder à importância total anual da remuneração ajustada, e, para os atletas semiprofissionais, ao total das verbas de incentivos materiais.

Dispositivo de extrema importância para os atletas profissionais e semiprofissionais, muito expostos aos riscos inerentes ao ofício que desenvolvem, e muitas vezes desamparados pelas entidades desportivas que quase sempre atravessam sérias dificuldades financeiras. A Lei Pelé determina que o valor do prêmio mínimo do seguro deverá corresponder à importância anual da remuneração ajustada no contrato do atleta profissional e, para o atleta semiprofissional, a totalidade

das verbas de incentivos materiais. Assim, deve o atleta, ao ajustar seu contrato com a entidade de prática desportiva, exigir a contratação de seguro, pois o prêmio do seguro servirá ao menos para garantir-lhe a sobrevivência naquele período em que ele deveria estar trabalhando.

Importante ressaltar que, nos termos do artigo 45, parágrafo 8º do Decreto n.º 2.574, de 29 de abril de 1.998, o qual regulamentou a Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé), a ausência da contratação deste seguro acarretará as seguintes conseqüências para a entidade de prática desportiva, no caso de atletas semiprofissionais: I- o imediato rompimento do vínculo contratual de estágio, ficando o atleta livre e desobrigado de qualquer indenização para se transferir para outra agremiação nacional ou estrangeira; II- o pagamento aos beneficiários indicados pelo atleta do valor constante no inciso V, do § 7º deste artigo, em caso de morte, invalidez permanente, ou acidente pessoal que resulte em lesão corporal de natureza grave, nos termos do §1º, incisos I, II e III, do art. 129 do Código Penal brasileiro. Em última análise, a não contratação deste seguro por parte da entidade de prática desportiva, nos moldes previstos na legislação, poderá ensejar pedido de ressarcimento de danos por parte do atleta, acerca de eventuais gastos que tiver para tratamento em caso de acidentes ocorridos no exercício de suas funções.

6. DA JUSTIÇA DESPORTIVA

Art. 49. A Justiça Desportiva a que se referem os §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Constituição Federal e o art. 33 da Lei n.º 8.028, de 12 de abril de 1990, regula-se pelas disposições deste Capítulo.

Art. 50. A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidas em Códigos Desportivos.

§ 1.º. As transgressões relativas à disciplina e às competições desportivas sujeitam o infrator a:

- I — advertência;
- II — eliminação;
- III — exclusão de campeonato ou torneio;
- IV — indenização;
- V — interdição de praça de desportos;
- VI — multa;
- VII — perda do mando do campo;
- VIII — perda de pontos;
- IX — perda de renda;
- X — suspensão por partida;

XI — suspensão por prazo.

§ 2.º. As penas disciplinares não serão aplicadas aos menores de quatorze anos.

§ 3.º. As penas pecuniárias não serão aplicadas a atletas não-profissionais.

Art. 51. O disposto nesta Lei sobre Justiça Desportiva não se aplica aos Comitês Olímpico e Paraolímpico Brasileiros.

Art. 52. Aos Tribunais de Justiça Desportiva, unidades autônomas e independentes das entidades de administração do desporto de cada sistema, compete processar e julgar, em última instância, as questões de descumprimento de normas relativas à disciplina e às competições desportivas, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório.

§ 1.º. Sem prejuízo do disposto neste artigo, as decisões finais dos Tribunais de Justiça Desportiva são impugnáveis nos termos gerais do direito, respeitados os pressupostos processuais estabelecidos nos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Constituição Federal.

§ 2.º. O recurso ao Poder Judiciário não prejudicará os efeitos desportivos validamente produzidos em consequência da decisão proferida pelos Tribunais de Justiça Desportiva.

Art. 53. Os Tribunais de Justiça Desportiva terão como primeira instância a Comissão Disciplinar, integrada por três membros de sua livre nomeação, para a aplicação imediata das sanções decorrentes de infrações cometidas durante as disputas e constantes das súmulas ou documentos similares dos árbitros, ou, ainda, decorrentes de infringência ao regulamento da respectiva competição.

§ 1.º. (VETADO)

§ 2.º. A Comissão Disciplinar aplicará sanções em procedimento sumário, assegurados a ampla defesa e o contraditório.

§ 3.º. Das decisões da Comissão Disciplinar caberá recurso aos Tribunais de Justiça Desportiva.

§ 4.º. O recurso ao qual se refere o parágrafo anterior será recebido e processado com efeito suspensivo quando a penalidade exceder de duas partidas consecutivas ou quinze dias.

Art. 54. O membro do Tribunal de Justiça Desportiva exerce função considerada de relevante interesse público e, sendo servidor público, terá abonadas suas faltas, computando-se como de efetivo exercício a participação nas respectivas sessões.

Art. 55. Os Tribunais de Justiça Desportiva serão compostos por, no mínimo, sete membros, ou onze membros, no máximo, sendo:

I — um indicado pela entidade de administração do desporto;

II — um indicado pelas entidades de prática desportiva que participem de competi-

ções oficiais da divisão principal;

III — três advogados com notório saber jurídico desportivo, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil;

IV — um representante dos árbitros, por estes indicado;

V — um representante dos atletas, por estes indicado.

§ 1.º. Para efeito de acréscimo de composição, deverá ser assegurada a paridade apresentada nos incisos I, II, IV e V, respeitado o disposto no caput deste artigo.

§ 2.º. O mandato dos membros dos Tribunais de Justiça terá a duração máxima de quatro anos, permitida apenas uma recondução.

§ 3.º. É vedado aos dirigentes desportivos das entidades de administração e das entidades de prática o exercício de cargo ou função na Justiça Desportiva, exceção feita aos membros dos conselhos deliberativos das entidades de prática desportiva.

§ 4.º. Os membros dos Tribunais de Justiça desportiva serão obrigatoriamente bacharéis em Direito ou pessoas de notório saber jurídico, e de conduta ilibada.

A denominada Justiça Desportiva, nos termos da Constituição Federal, não é um órgão do Poder Judiciário, pelo que suas decisões não fazem “coisa julgada material”, sendo passíveis de serem revistas e novamente discutidas na esfera judicial. Verifica-se na prática que os atletas muitas vezes procuram o judiciário para solucionarem suas pendências, seja ela na esfera civil ou trabalhista, sendo certo que o mesmo não ocorre quando é uma entidade desportiva que necessita recorrer ao Poder Judiciário. Isto porque as mesmas necessitam de autorização das entidades organizadoras dos eventos para poderem deles participar, e sempre que recorrem ao Poder Judiciário para verem resguardados seus direitos, são ameaçados por estas entidades organizadoras de desfiliação, o que na prática os impediria de participar destes eventos, acabando por fazer com que os clubes deixem de buscar o judiciário para a solução dos seus litígios, o que em última análise acaba por atribuir força de coisa julgada material às decisões proferidas pela Justiça Desportiva.

É importante ressaltar que o artigo 29 da Lei n.º 6.354 dispõe que somente serão admitidas reclamações dos jogadores de futebol na Justiça do Trabalho, depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva. Tal dispositivo legal teve sua constitucionalidade questionada, sob argumento de que retirava do atleta o direito constitucional de livre acesso ao Poder Judiciário. Em razão disto, fundamentando-se no artigo 217, §1º da Constituição Federal, o Tribunal Superior do Trabalho tem decidido que apenas as ações relativas à disciplina e às competições desportivas deverão ser argüidas na Justiça Desportiva, não cabendo a esta decidir qualquer questão trabalhista, cuja competência, por força constitucional, pertence à Justiça do Trabalho.

Outrossim, ao prever as espécies de punições passíveis de serem aplicadas

pelos tribunais desportivos, a lei consagrou a possibilidade de intervenção de terceiro nos contratos firmados entre os clubes e os atletas, ou seja, ao suspender um atleta, a Justiça Desportiva estará interferindo no contrato de trabalho do atleta, o que não é possível administrativamente na Justiça do Trabalho.

Com relação à composição destes tribunais, desnecessário tecer qualquer outro comentário visto a clareza do texto legal acerca do assunto, bastando uma simples lida dos mesmos.

Por fim, é importante ressaltar que os atletas menores de quatorze anos não são passíveis de sofrerem penas disciplinares, bem como os atletas semiprofissionais não são passíveis de sofrerem penas pecuniárias. Assim, acertadamente o legislador pátrio protegeu aqueles que possuem uma menor condição moral de entenderem a gravidade de seus atos, da mesma forma como ocorre na legislação penal, bem como os pais dos atletas semiprofissionais, os quais em última análise acabariam por ter que arcar com eventuais punições pecuniárias sofridas por seus filhos.

7. CONCLUSÃO

A Lei Pelé, com uma técnica de elaboração legislativa muito semelhante à da antiga Lei Zico, inovou alguns aspectos, como foi possível notar destes breves comentários, tais como a criação de uma espécie de atleta, que embora vinculado a uma entidade de prática desportiva, não possui com esta um vínculo trabalhista propriamente dito, mas sim um vínculo de estágio, subordinado às disposições da Lei Pelé, cujas questões são dirimidas pela Justiça Comum (atleta semiprofissional).

Outro aspecto importante é a previsão tácita da interferência dos órgãos organizadores de prática desportiva e da chamada “Justiça Desportiva” nos contratos individuais de trabalho celebrado entre os clubes e os atletas. Trata-se de uma verdadeira intervenção externa nos termos destes contratos, prática que diverge dos princípios gerais de direito previsto para a área trabalhista.

Contudo, de um modo geral, é inegável o progresso desta lei no que diz respeito à proteção especial aos atletas, os quais passaram a ter garantias de salário (a lei permite que o atleta se recuse a exercer suas funções quando estiver com os salários atrasados), seguro obrigatório e direito de arena (proteção constitucional à imagem do atleta), com objetivo claro de igualar o máximo possível as partes envolvidas nos contratos de trabalho.

Nunca é demais lembrar que a CLT tem aplicação subsidiária à Lei Pelé no que concerne aos direitos e deveres dos atletas profissionais, alguns deles não

previstos expressamente na Lei Pelé, sendo certo que os princípios gerais de direito do trabalho também são aplicados à estes atletas.

Por fim, com a extinção do chamado “passe”, os atletas profissionais poderão finalmente, da mesma forma como qualquer outro trabalhador no Brasil, exercer livremente a escolha da entidade desportiva para qual prestará os seus serviços. Assim, embora trazendo um prejuízo inicial às entidades de prática desportiva, será a consagração para o atleta profissional do respeito ao livre exercício profissional, como previsto constitucionalmente.

8. BIBLIOGRAFIA

- Lei Pelé, Comentada e Comparada, obra do Advogado e Procurador de Justiça Dr. Inácio Nunes, desenvolvida pelo jornalista Francisco Horta, à disposição de forma total na internet pelo site do jornalista.
- A Lei Pelé, artigo escrito pela professora Alice Monteiro de Barros, publicada na revista Consulex n.º 38, de 29 fevereiro de 2.000, páginas 30/39.
- CLT – LTr 2000, Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins, 26ª edição, Editora LTr.
- Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 31ª edição, Editora Saraiva.