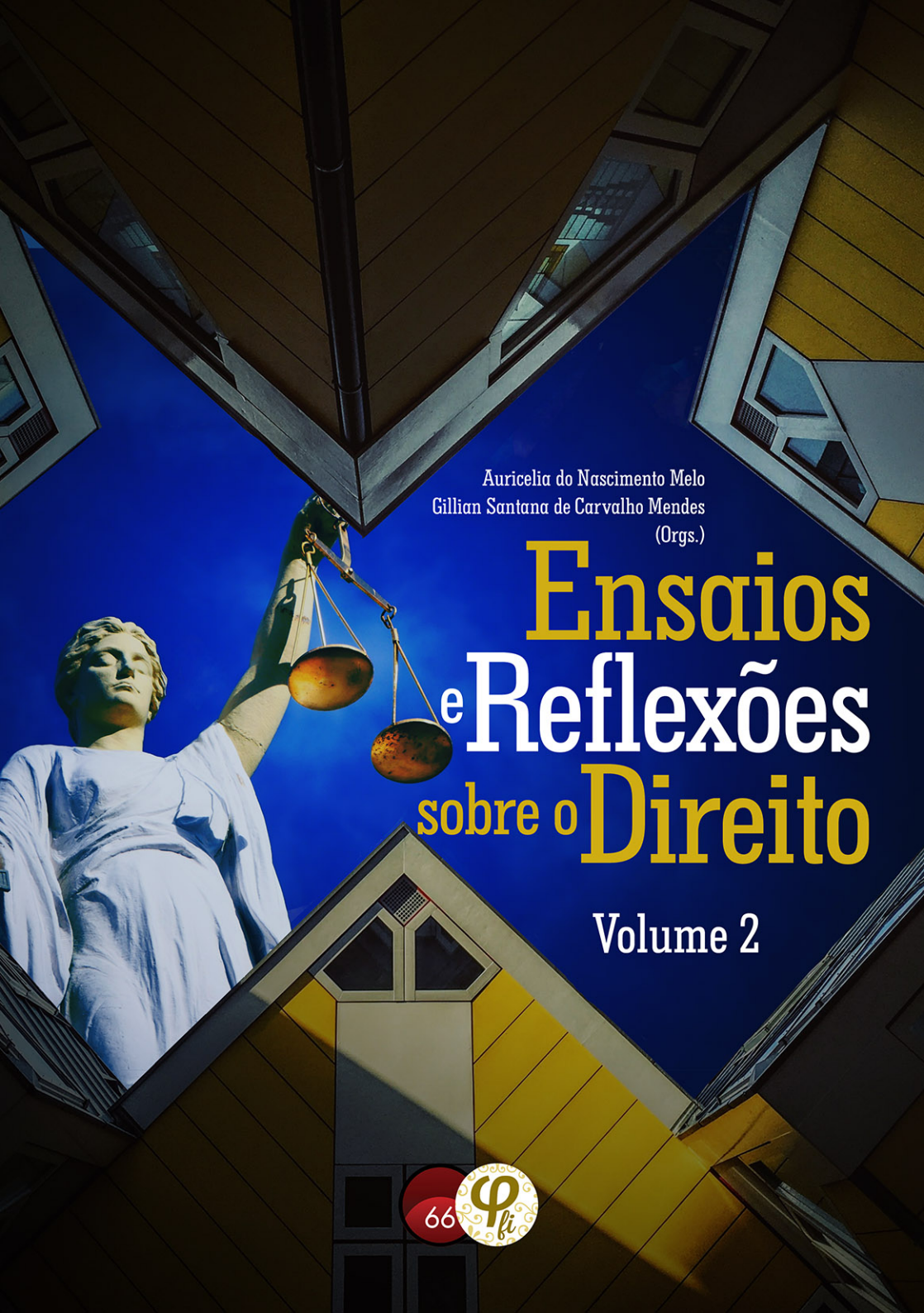
Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes
(Orgs.)
Ensaios e Reflexões sobre o Direito
Volume 2
66
Φfi

Esta coletânea que já está em seu segundo volume e se constitui de artigos que vêm sendo construídos por professores e pesquisadores da Universidade Estadual do Piauí. Compõe-se de um amplo espectro de reflexão sobre conhecimentos dos mais variados temas da seara jurídica, consistindo num ponto de sistematização de dados que têm por objetivo aprofundar e distintamente efetivar a pesquisa jurídica no Curso de Direito da UESPI. Os professores-pesquisadores mantém-se no firme propósito de alavancar discussões que permeiam a atualidade, existe a preocupação que estes debates estejam voltados para um contexto histórico e social, especificamente nessa edição, em homenagem aos 30 anos da Constituição Federal de 1988. Esta obra coletiva feita com dedicação e carinho por professores que são cuidadosos com sua tarefa de formar cidadãos e não ficam apenas com o ensino de sala de aula, mais anunciam seus objetivos em contribuir com um ensino jurídico de qualidade através das suas pesquisas, propiciando a reflexão e o diálogo entre diversas áreas, observa-se uma preocupação em despertar nos acadêmicos o gosto pela pesquisa, visto que alguns autores permearam esta obra com trabalhos em parceria com seus alunos, resultados dos estudos desenvolvidos para a confecção de seus trabalhos de conclusão de curso.

9 788556 965103

editora Fi.org

CC BY SA

Ensaios e Reflexões sobre o Direito

Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.ª Dr.ª Liane Tabarelli
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Marcia Andrea Bühring
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Fernanda Medeiros
PUCRS, Brasil

Ensaios e Reflexões sobre o Direito

Volume 2

Organizadoras:
Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 66

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

MELO, Auricelia do Nascimento; MENDES, Gillian Santana de Carvalho (Orgs.)

Ensaios e Reflexões sobre o Direito: volume 2 [recurso eletrônico] / Auricelia do Nascimento Melo; Gillian Santana de Carvalho Mendes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

170 p.

ISBN - 978-85-5696-510-3

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito. 2. Ensaios. 3. Reflexões. 4. Jurisprudência. I. Título. II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Apresentação 9
Auricelia do Nascimento Melo; Gillian Santana de Carvalho Mendes

1..... 11
A carta constitucional e o surgimento da multiparentalidade
Ana Cecília Rosário Ribeiro; Andreza Maria Ramos de Sousa Costa

2 25
A Desvinculação de Receitas da União (DRU): sua constitucionalidade e a repercussão no custeio da previdência social
Auricélia do Nascimento Melo; Márcio Ricardo Ferreira Tôrres

3 49
Entre o direito e a realidade pela defesa da mulher brasileira: uma breve análise sobre a evolução da participação feminina na política
Clarissa Fonseca Maia

4 73
A participação da sociedade civil e Constituição Federal de 1988
Fábia de Kássia Mendes Viana Buenos Aires

5 91
Acesso à justiça como princípio constitucional e como direito fundamental
Gillian Santana de Carvalho Mendes; Ana Clara Ribeiro de Sousa Castro

6 113
Proteção ao consumidor: analise econômica do direito de arrependimento como medida eficaz para redução do superendividamento do individuo na sociedade
Maria Laura Lopes Nunes

7 133
Segurança pública na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades
Reginaldo Canuto de Sousa

8 153
Soberania econômica e estado de exceção: críticas à decisão da adi 3273-9 do Supremo Tribunal Federal
Willame Parente Mazza; Yago Roberto Correia Lima

Apresentação

Auricelia do Nascimento Melo
Gillian Santana de Carvalho Mendes

O livro Ensaios e Reflexões sobre o Direito é uma coletânea que já está em seu segundo volume e se constitui de artigos que vêm sendo construídos por professores e pesquisadores da Universidade Estadual do Piauí. Compõe-se de um amplo espectro de reflexão sobre conhecimentos dos mais variados temas da seara jurídica, consistindo num ponto de sistematização de dados que têm por objetivo aprofundar e distintamente efetivar a pesquisa jurídica no Curso de Direito da UESPI.

Os professores-pesquisadores mantém-se no firme propósito de alavancar discussões que permeiam a atualidade, existe a preocupação que estes debates estejam voltados para um contexto histórico e social, especificamente nessa edição, em homenagem aos 30 anos da Constituição Federal de 1988.

Esta obra coletiva feita com dedicação e carinho por professores que são cuidadosos com sua tarefa de formar cidadãos e não ficam apenas com o ensino de sala de aula, mais anunciam seus objetivos em contribuir com um ensino jurídico de qualidade através das suas pesquisas, propiciando a reflexão e o diálogo entre diversas áreas, observa-se uma preocupação em despertar nos acadêmicos o gosto pela pesquisa, visto que alguns autores permearam esta obra com trabalhos em parceria com seus alunos, resultados dos estudos desenvolvidos para a confecção de seus trabalhos de conclusão de curso.

A ponderação que fica nesta edição é que a democracia constitucional permite um diálogo sobre as diversas áreas do jurídicas, consequência da constitucionalização do Direito. A academia jurídica piauiense ganha com mais uma edição dessa obra coletiva, com leituras a partir do desenho constitucional sistematizado através de temas atuais e reflexivos.

Os temas abordados integram o cotidiano da sociedade civil. A segurança pública; a observância do acesso à justiça; o surgimento da multiparentalidade, com as novas formas de família, determinada pela igualdade entre os filhos; questões previdenciárias, analisando os aspectos controversos do mecanismo de desvinculação de receitas orçamentárias da União e seu impacto sobre o custeio da Seguridade Social; passando pela desvinculação das receitas da União, no que se refere a sua (in)constitucionalidade e respectiva repercussão no custeio da Previdência Social foram configurações novas percebidas com o advento da Constituição Federal de 1988 .

A mulher brasileira suas causas, principalmente, no que diz respeito a sua evoução na política, e o consumidor, quanto ao seu direito de arrependimento como medida eficaz para redução do superendividamento não foram esquecidos.

A soberania Econômica e Estado de Exceção com o estudo realizado à decisão da ADI 3273-9 do Supremo Tribunal Federal fechou o projeto que hora se apresenta enlaçado com muito orgulho, primeiro em relação ao estudo minuncioso dos colegas que aqui se apresentam, e segundo, por tratar de comemeração de 30 anos de uma Constituição Federal que abriu portas para o exercício da cidadania e da democracia.

Teresina, Piaui.

1

A carta constitucional e o surgimento da multiparentalidade

Ana Cecília Rosário Ribeiro[1]
Andreza Maria Ramos de Sousa Costa[2]

Introdução

Novos valores e princípios da Carta Constitucional que determinam o surgimento de um novo paradigma de família fundado no afeto e na igualdade entre os filhos afetivos e biológicos.

Tradicionalmente, a família era unicamente concebida como conseqüência do casamento, união matrimonial entre um homem e uma mulher, e apresentava como elemento identificador deste núcleo familiar a figura patriarcal. Nesse contexto, a única família que se aceitava era a proveniente do casamento; seus objetivos precípuos eram a formação e transmissão de patrimônio, bem como a procriação.

O Brasil, do início do séc. XX, foi nitidamente marcado por esses valores, agregados à sociedade brasileira pelo cristianismo. Da mesma forma, a legislação pátria não poderia ficar à margem da influência cristã. Foi por esta razão, que o legislador brasileiro, ao redigir o Código Civil de 1916, identificou, na lei, o conceito de família como a relação decorrente do casamento. Mas a sociedade mudou, novos

[1] Doutora, Mestre e Especialista em Direito Civil, Promotora de Justiça e professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: acrr1515@gmail.com

[2] Graduanda do 7 período do curso de Direito da UESPI.

valores foram absorvidos, e a norma não poderia permanecer a mesma. Era preciso adaptar os conceitos normativos à atual realidade.

Para a edição da Carta Constitucional foi diferente. Os valores que marcaram a época da redação do Código de 1916 não mais estavam sozinhos, deixaram de ser preponderantes no modo de entender e viver da sociedade brasileira; foram diluídos com os avanços da ciência e as inúmeras conquistas das mulheres. É com esse cenário que se desenha um novo conceito de família no texto constitucional e as famílias contemporâneas estão assentadas nesse novo cenário.

De fato, a educação tornou-se muito mais liberal, os papéis atribuídos ao homem e à mulher, bem como aos pais e filhos tornaram-se mais flexíveis e menos estanques e dos relacionamentos informais, fruto de uniões não provenientes do casamento, podem ser extraídas conseqüências jurídicas. Passou-se a admitir a ruptura do casamento, para que os indivíduos que compõem a família pudessem alcançar a felicidade pessoal, mesmo em detrimento da dissolução do casamento. Logo, atualmente, importa mais as pessoas, enquanto indivíduos dotados de uma personalidade única e sujeitos de proteção e cuidado, e menos a família enquanto instituição objeto de tutela jurídica. Essa noção é fundamental para compreender todos os reflexos dela advindos.

Por conseguinte, essas mudanças determinaram o reconhecimento jurídico, se já não bastasse constitucional, de relacionamentos existentes fora do casamento. A união estável e as famílias mono parentais ganharam juridicidade. Foi essa mutabilidade do conceito de família que determinou o surgimento de diversas formas de relacionamento, quantas fossem possíveis ao surgimento do amor, e o reconhecimento de relações de afeto entre pais e filhos, mesmo diante da existência de um vínculo biológico precedente.

A grande transformação na família brasileira deu-se no sentido de transformar as entidades familiares, as quais abandonam sua principal característica de serem apenas um núcleo econômico, com a finalidade precípua de proteger, transmitir e repartir patrimônio. A família passa a existir enquanto lugar para a livre

manifestação de afeto, como forma de valorizar o indivíduo, núcleo central de proteção.

Esse novo paradigma, cujo foco é a pessoa, consagra o que se convencionou denominar de família eudemonista, responsável por uma percepção inclusiva de qualquer arranjo ou forma de organização familiar. Nessa perspectiva, ressalta-se a importância dos princípios e postulados do direito de família para determinar uma alteração nos vetores de interpretação, propiciando a adequação das regras existentes com esse novo paradigma voltado para o sujeito.

A aplicação do princípio da cidadania no Direito das Famílias, nesse contexto de valorização dos integrantes que compõem o grupamento familiar, possibilita a formação de distintas formas de organização familiar e permite, por exemplo, a mudança de sexo e registro civil de transexuais. Na opinião dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF, quanto maior o número de famílias independentemente do arranjo que possibilitou sua aglutinação, mais chance tem a cidadania de se expandir.

1 A igualdade entre os filhos

Por sua vez, com maior repercussão no âmbito da multiparentalidade, tem-se o princípio da igualdade entre os filhos, positivado na regra do art. 227, par. 6 da Constituição Federal brasileira. Essa regra enuncia a igualdade entre os filhos, sejam eles biológicos ou afetivos, ganhando relevância o conceito de posse do estado de filho, conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que o cria e educa.[3] Perceba que apesar de ainda fazer referência a condição de "filho legítimo", foi Orlando Gomes o primeiro a perceber a noção de igualdade entre os filhos e trazer o conceito de posse de estado de filho, em uma época, na qual não estava consolidada ainda essa noção.

[3] Gomes, Orlando. Direito de Família, 7. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 324.

Nome, tratamento e fama são os elementos que compõe o conceito da posse do estado de filho. Atualmente, o art. 1.593 traz uma regra que reconhece a filiação socioafetiva como uma modalidade de parentesco civil. Outras regras, como os artigos 1.595 e 1.607 do atual Código Civil, espelham a regra constitucional e enunciam que os filhos devem ser tratados igualmente independentemente da sua origem, realçando a ideia do princípio da igualdade entre os filhos.

Essa regra da igualdade entre os filhos traz inúmeros reflexos nas decisões judiciais e ganha bastante realce a problemática dos filhos que são criados nessa condição, alguns registrados como se filhos biológicos fossem (adoção à brasileira) e outros não, criando-se o vínculo afetivo entre pai e filho. Posteriormente, esse que sempre foi tido como pai quer desconstituir o vínculo criado, ao argumento de não se tratar de vínculo biológico, entrando em choque a verdade biológica e a verdade socioafetiva.

2 A família formada pelo afeto

Para equilibrar a verdade biológica e a verdade socioafetiva, entra na cena jurídica o postulado da afetividade. A família atual é formada em torno dos laços afetivos existentes entre pessoas que escolhem compartilhar suas vidas. Rompe-se com a família coercitiva e hierarquizada e chega-se a uma organização mais flexível, inclusiva e aberta, afrouxando-se a coerção e o controle.

A família ancorada no postulado do afeto é reflexo constitucional do princípio da igualdade entre os filhos e das mudanças ocorridas na sociedade contemporânea que determinaram a revisão dos conceitos jurídicos de modo a abarcar os novos arranjos que surgiam. Foi a Constituição que abriu caminho para as decisões judiciais e para a incorporação legislativa do postulado do afeto

Agora, a afetividade está tipificada em diversas regras da legislação civil, por exemplo, a lei 11.924-2009, que altera a lei de

registros públicos e autoriza o enteado a acrescentar o sobrenome do padrasto ou madrasta, ampliando o reconhecimento da família recomposta e ancorada no afeto. Outra significativa alteração legislativa foi trazida pela lei 12.398-11, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1589 do Código Civil de 2002 para reconhecer o direito de visitas dos avós, paternos e maternos, consolidando também o postulado jurídico do afeto.

Verifica-se, pois que o afeto é um valor jurídico consagrado na legislação civil e constitui, inclusive, elemento de criação de vínculo, através do reconhecimento da filiação socioafetiva, como se observa no art. 227, par. 6 da Lei Maior. E essa nova feição da família, fundada no afeto, vem repercutindo nas decisões prolatadas pelos magistrados dos países pelos tribunais brasileiros, como no reconhecimento das famílias paralelas e da união homoafetiva, na indenização por abandono afetivo e na multiparentalidade.

3 A multiparentalidade e os seus reflexos jurídicos na vida das pessoas

A multiparentalidade é uma possibilidade jurídica, uma casuística, a ser verificada e encontrada em cada caso concreto e passível de conhecimento quando as circunstâncias fáticas a justifiquem. É preciso ainda para o reconhecimento da multiparentalidade que ela se coadune com os princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.

Multiparentalidade ou pluriparentalidade determina a possibilidade de concomitância na filiação de uma só pessoa.[4] Significa, portanto, a possibilidade de uma única pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente no seu registro de nascimento. Isto porque o vínculo biológico não se sobrepõe ao vínculo afetivo e nem esse àquele, são duas realidades distintas e

[4] Farias, Cristiano Chaves de; e Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias, 3 ed., Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2013, p. 671.

podem, portanto, coexistirem. Essa possibilidade de reconhecimento de mais de um pai ou de uma mãe abre caminho para o reconhecimento da multi -hereditariedade. Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães já foram objeto de decisões judiciais e foi objeto de um enunciado do IBDFAM aprovado sobre o assunto: enunciado nº 09 – "*A multiparentalidade gera efeitos jurídicos*", do X Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Nesse contexto, é importante esclarecer que a Lei de Registros Públicos foi editada quinze anos antes da promulgação da Carta Magna brasileira, que trouxe, como mencionado, um novo conceito de família. Por ter sido editada em outro contexto histórico, a lei que dispõe sobre o reconhecimento registral não previa a possibilidade de inserir mais de uma mãe ou mais de um pai no registro. Hoje, sabemos que, havendo o reconhecimento jurídico da existência, no caso concreto, de vínculo afetivo e biológico, o registro civil de nascimento não será anulado. Pois, dado o reconhecimento judicial da dupla filiação, é perfeitamente possível a coexistência de ambos os pais em um registro, diante do novo conceito de família proposto pela Carta Constitucional.

Esse impasse registral, todavia, foi sanado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou, em 2009, o provimento 2, posteriormente alterado pelo provimento 3. Neste, a instituição supramencionada alterou a estrutura da certidão de nascimento, de modo que, não mais passou a constar os nomes ''pai'' e ''mãe'', tendo sido, tais campos, substituídos pela palavra ''filiação''. Os lugares destinados à inserção dos nomes dos avós paternos e maternos também sofreram alteração, não mais contendo qualquer adjetivação além do termo ''avós''.

É fato que é necessário que os múltiplos vínculos parentais, que venham a existir em um âmbito familiar, constem no registro civil de nascimento, pois só assim será possível o reconhecimento dos efeitos jurídicos gerados a partir de então, tais como guarda, nome, visita, alimentos e direitos sucessórios. O fato é que o fenômeno da multiparentalidade não seria obstado por aspectos

meramente formais, tendo em vista que, na visão da Suprema Corte Brasileira, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança, consolidado, no nosso ordenamento jurídico com fulcro no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e nos artigos 4º, *caput*, e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para o reconhecimento da multiparentalidade, portanto, é pressuposto que seja verificado o melhor interesse da criança sempre e, em se tratando de reconhecimento de multiparentalidade, quando já precedente o vínculo biológico há que se ter presente o reconhecimento da posse do estado de filiação. Assim, caso a pessoa já tenha no seu registro de nascimento o nome do seu genitor biológico e queira acrescentar o nome do seu pai, há que restar demonstrado que o filho utilizava o nome da família do seu pai afetivo, era tratado pelo pai como filho e a sociedade assim o reconhecia. Portanto, a posse do estado de filho não surge com o nascimento, decorre, sim, de um ato de vontade consolidado pelo tempo e ancorado na afetividade.

Nesse ínterim, o Provimento 63/2017 do CNJ, editado em novembro de 2017, trouxe, no art. 14 do seu texto, que "o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento". Esse provimento abriu a possibilidade da averbação da multiparentalidade diretamente no Cartório de Registro Civil, tal procedimento pode ser feito após esta ser reconhecida judicialmente. Acontecendo isso, o magistrado procederá à determinação de expedição de mandado de averbação da sentença, destinado ao Cartório de Registro Civil, mandando incluir no registro o nome do pai ou da mãe reconhecidos na Ação.

Em nota de esclarecimento referente ao tema, a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (Arpen), atestou que, o termo ‘’unilateral’’, trazido na redação do artigo supratranscrito, traduz a ideia de que não é possível fazer o reconhecimento simultâneo de paternidade socioafetiva paterna e

materna, "mas apenas de um pai ou mãe, devendo um dos pais e uma das mães serem registrais". Delimitou ainda que: "as pessoas que já possuam pai e mãe registral, para terem o reconhecimento de um pai e uma mãe socioafetivo, formando a multiparentalidade, deverá o registrador civil realizar dois atos, um para o pai socioafetivo e outro para a mãe socioafetiva".

Ainda em relação ao reconhecimento registral de dupla filiação, destaca-se a discussão se esta não acarretaria, como consequência lógica, a inserção de outros ancestrais no assento civil. Cassetari(2017), ao falar acerca dos efeitos advindos do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, destaca que um desses é o direito de receber novos avós no registro civil. Questiona-se, então, se com o reconhecimento de dupla filiação paterna, por exemplo, a criança passaria a ter quatro avós paternos. Entendemos, da mesma maneira, que sim, tendo em vista que tais laços familiares decorrem dos vínculos parentais, sendo intrínsecos a estes. Outrossim, fazer constar no registro apenas o nome dos avós decorrentes de uma filiação, seria dar uma distinção de tratamento não mais coerente, visto que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que os vínculos socioafetivos e biológicos estão em igual hierarquia jurídica.[5]

---

[5] RE 363889 / **DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 02/06/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação** ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o

Ademais, a Lei de Registros Públicos, ao elencar, em seu art. 54, itens que devem obrigatoriamente constar no assento de nascimento, aponta, entre estes, tanto os nomes e prenomes dos pais, quanto dos avós paternos e maternos. Desta feita, não pode haver qualquer vedação ao uso do nome dos parentes, sejam estes biológicos ou socioafetivos, tendo em vista ser este um direito da personalidade, e como tal, possui, intrinsecamente, a característica da irrenunciabilidade.

Embora a multiparentalidade seja uma realidade na vida social, essa ainda vem ganhando seus contornos jurídicos; isso porque, paulatinamente, o Judiciário vem reconhecendo diferentes formas de arranjos familiares, mostrando o desvencilhamento do modelo de família anteriormente consolidado e da ideia de que uma espécie de vínculo parental se sobreponha ao outro. O que vigora, atualmente, no Judiciário pátrio, é que a vontade da criança e do adolescente e seu interesse devem ser privilegiados em detrimento de fatores externos. Desse modo, a multiparentalidade é enxergada, hoje, como a maneira de se reconhecer as múltiplas figuras que, cotidianamente, venham a desempenhar uma função parental, de modo que o infante possa ser agraciado com a tutela jurídica e os efeitos dela emanados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 e na análise da Repercussão Geral 622, enfatizou ser perfeitamente possível a coexistência de vínculos parentais de origem distintas, rompendo com a ideia de hierarquização jurídica entre parentalidade biológica e afetiva, que até então vigorava no Superior Tribunal de Justiça. Ademais, foi reconhecida formalmente, de uma vez por todas, a juridicidade da parentalidade socioafetiva. Desta feita, veio à baila diversos questionamentos, sendo a maioria deles referentes à aspectos patrimoniais, mais especificamente, ao campo sucessório.

princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

Em primeiro lugar, muito se questiona se o recolhimento da herança será múltiplo. Entende a maioria da doutrina que sim, de modo que o filho terá direito sucessório advindo de dois pais ou de duas mães. Em decorrência lógica desse pensamento, infere-se que estes também terão direitos sucessórios em relação àquele. O fato é que, na hipótese do falecimento do filho anteceder ao dos pais, sem que este deixe descendente, o Código Civil brasileiro, mais especificamente no seu art. 1.836, dispõe que ‘’os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna’’. Daí surge uma discursão: como a distribuição será efetivada, no caso, por exemplo, se existirem dois pais e uma mãe? Os pais ficariam com um quarto enquanto a mãe ficaria com metade? Ou a herança seria igualmente dividida entre os três?

Quanto à obrigação de prestar alimentos, prevista no art. 1.694 do Código Civil, o Conselho de Justiça Federal, por meio do Enunciado 341, determinou que “a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar’’. Esse direito, conforme a Constituição, também é recíproco, ou seja, o filho, na relação multiparental, pode pedir alimentos a qualquer um dos pais, mas também terá o dever de prestar a estes, caso necessitem.

Ainda seguem outras dúvidas advindas da tese firmada pelo Supremo. Ocorre que, com o reconhecimento da possibilidade de que alguém que tenha um ascendente socioafetivo pleiteie reconhecimento do vínculo em relação ao genitor biológico, muitos civilistas se questionaram se haverá mudança relativa ao instituto da adoção. Isso porque, em contrariedade ao que decidiu a Corte brasileira em relação a multiparentalidade, o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma que a adoção acarretaria o rompimento do vínculo do menor com a família biológica.

4 Outras consequências advindas da multiparentalidade

Muitos questionamentos ainda norteiam o instituto familiar em análise, contudo, muitas inferências podem ser feitas com base

no método hermenêutico conhecido como "interpretação conforme a Constituição". Daí se extrai, por exemplo, que, com a multiparentalidade, advirão, também, efeitos no campo previdenciário. Isso porque, o art. 16 da Lei Federal nº. 8.213/91 quando interpretado em conformidade com o conceito de família trazido pela Carta Constitucional, baliza o entendimento que os pais, independentemente da natureza desse vínculo familiar, serão beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, bem como os irmãos, afetivos ou biológicos, desde que não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos.

Ao se falar em multiparentalidade, é comum, também, que surjam questionamentos relativos ao direito de visita, considerado, por Sottomayor como o "direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais". Esse direito, previsto no art. 1.589 do Código Civil e no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, está consubstanciado no art. 227 da Constituição Federal, que estabelece ser dever dos pais, em relação aos filhos, assegurar, dentre outros direitos, a convivência familiar.

Para que esta seja garantida, o art. 1589 do Código Civil dispõe que o pai ou a mãe que não detiver a guarda dos filhos, "poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação". No caso de uma família multiparental, na medida em que o registro for efetuado, tornando o vínculo inequívoco, surge, para os envolvidos, o direito-dever de zelar por tal mandamento constitucional.

Ressalte-se, ademais, que o direito à convivência familiar foi estendido aos avós, nos termos da lei 12.398/11. Portanto, de forma análoga ao que ocorre nos modelos tradicionais de família, em uma família multiparental, tanto os avós biológicos como socioafetivos terão direito à guarda e visitação, devendo ser observado, no exercício destes, o interesse do infante.

Desta feita, é evidente que a multiparentalidade vai muito além da inserção de mais de dois genitores no assento civil de nascimento.

Os efeitos jurídicos advindos da mesma refletem sobremaneira em diversos âmbitos da vida civil, gerando um lastro, no Direito pátrio, que vai muito além das consequências patrimoniais e sucessórias advindas do reconhecimento de uma filiação.

Considerações finais

Assim, o reconhecimento da multiparentalidade faz nascer o direito a multi-hereditaridade, na medida em que, é possível reclamar herança dos pais e mães biológicos e afetivos. Reconhece-se, outrossim, todos os direitos decorrentes da filiação biológica, ao pai socioafetivo com o seu reconhecimento na condição de pai, com efeitos registrais, por exemplo, a possibilidade de pleitear alimentos, acréscimo de sobrenome, vínculos de parentesco e visitação.

Outro aspecto que merece aqui ser ressaltado é que a descoberta e reconhecimento da filiação biológica não exime a filiação sociafetiva dos vínculos paternos já estabelecidos e suas repercussões patrimoniais. Do mesmo modo, o reconhecimento do pai afetivo não gera para o genitor biológico uma completa e irrestrita irresponsabilidade. Ressalto, entretanto, que o vínculo familiar e direitos dele decorrentes diferem, em muito, do direito da personalidade (direito a ancestralidade) que se quer realizar com o reconhecimento biológico. Por essa razão parte significativa da doutrina entende que os direitos decorrentes dos efeitos familiares estão atrelados à filiação socioafetiva. [6]

Junto com esse instituto, que demonstra grande avanço jurídico e uma forte carga axiológico-normativa, surgiram, como exposto, desafios e dúvidas, a serem enfrentados e sanados paulatinamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

[6] Farias, Cristiano Chaves de; e Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias, 3 ed., Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2013, p. 672.

Referências

ARPEN BRASIL. *Nota de esclarecimento acerca do provimento CNJ nº 63/2017*. Disponível em:<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/2%20NOTA%20DE%20ESCLARECIMENTO%20PROVIMENTO%20CNJ%20N%C2%BA%2063%20(1).pdf> Acesso em agosto de 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição a aplicação dos princípios jurídicos,* 15 ed. rev., atual, e ampliada. São Paulo: Malheiras Editores, 2014.

BRASIL, *Recurso Extraordinário 898.060*, Ministro Luiz Fux, 21 de setembro de 2016, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 2 e 3*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_02.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2018.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

BRASIL. *Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.ht. Acesso em 02 de setembro de 2018.

BRASIL. *Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213compilado.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2018.

CALDERÓN, Ricardo. *Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em: 22 de agosto de 2018.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de; COELHO, Luiz Cláudio Guimarães. *Multiparentalidade e herança: alguns apontamentos*. Disponível em: <http://ggsa.com.br/wordpress/2017/04/26/multiparentalidade-e-heranca-alguns-apontamentos/>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *IV Jornada de direito civil*, volume II. Enunciado número 341. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383. Acesso em: 02 de setembro de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento 63, de 14 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em agosto de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*, 3 ed., Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2013.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, apud BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de Visita*. São Paulo: Saraiva. 2005.

TARTUCE, Flávio. *Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça – Parte II*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI280973,11049-Anotacoes+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justica+Parte+II>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

_____. *STF, Repercussão Geral 622: multiparentalidade e seus efeitos*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos> .Acesso em: 25 de agosto de 2018.

2

A Desvinculação de Receitas da União (DRU): sua constitucionalidade e a repercussão no custeio da previdência social

Auricélia do Nascimento Melo[1]
Márcio Ricardo Ferreira Tôrres[2]

Introdução

O estudo a ser desenvolvido tem como tema a Desvinculação de Receitas da União (DRU), os aspectos controversos acerca de sua constitucionalidade e sua repercussão sobre o custeio da Previdência Social. A problemática enfrentada pela pesquisa trata-se do questionamento jurídico que incide sobre a constitucionalidade da transferência de recursos do Orçamento da Seguridade Social para o Orçamento Fiscal, por meio da DRU, e as consequências que a continuidade deste mecanismo de desvinculação orçamentária tem provocado ao sistema de financiamento da Previdência, o qual se encontra em situação orçamentária com curva deficitária, não tendo à disposição os recursos oriundos de superávit de anos anteriores. Esclarecer um tema tão controverso é essencial para que haja um

[1] Doutora e Mestre em Direito Constitucional, professora Adjunta da Universidade Estadual do Piauí e Centro Universitário Uninovafapi. Advogada OAB-PI. E-mail: aurimelo@hotmail.com

[2] Graduado em Economia pela Universidade Federal do Piauí e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Esse artigo faz parte de sua monografia de conclusão de curso. E-mail: ricardokvo@hotmail.com

diálogo social bem informado sobre as adequações necessárias ao regime previdenciário.

Este trabalho fundamentar-se-á no entendimento de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. Para garantir as fontes de custeio ao sistema de Seguridade Social, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, acresceu o inciso XI ao art. 167, vedando a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais sobre a folha de pagamento, e sobre a receita ou faturamento, para realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral da previdência social.

Este ensaio foi dividido em três partes: na seção 1 apresenta-se a relação entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as vinculações de receitas, além de esclarecer acerca da origem, instituição e prorrogações da DRU; na seção 2, expom-se o debate acerca da constitucionalidade da DRU, destacando os pontos controversos sobre os quais mais incidem críticas e incertezas; por fim, na seção 3, faz-se uma breve explanação sobre as fontes de custeio da Previdência Social, levando-se o questionamento se de fato há déficit na Previdência Social, para, logo após, demonstrar o impacto da DRU sobre o sistema de financiamento da Seguridade Social, em especial na Previdência.

1 Breves considerações sobre a Constituição Federal de 1988

A Carta Política de 1988 foi constituída após um período de ditadura militar, no qual havia excessiva centralização dos gastos públicos pelo poder executivo federal, sem possibilidade de fiscalização e controle pela sociedade. Essa ampla discricionariedade do gestor pública federal foi significativamente reduzida pela

Constituição Federal (CF), pois nela está previsto percentuais mínimos de gastos com saúde e educação, repartição das receitas tributárias, vinculação de receitas da arrecadação, além de aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e fiscalização.

Ao mesmo tempo em que buscou controlar o gasto público, a consagração de direitos na Constituição da República e a crescente conscientização da sociedade, pressionaram para o atendimento das necessidades sociais, aumentando as despesas públicas. É o que conclui Oliveira:

> Como fazê-la funcionar e efetuar a inclusão social, se os recursos de que dispõe os entes políticos são finitos? A finitude de receita pressupõe escolha, isto é, opção política sobre como e onde gastar. A complexidade de uma sociedade de massas impõe novos gastos. A população conscientizada de seus direitos não só exige a satisfação dos seus interesses como a busca do bem estar. [...] Há uma assimetria entre recursos e gastos. Nasce por consequência a perquirição pelo conceito de necessidade que terá conteúdo econômico, em verdade. Revela a busca por um bem da vida, em determinado momento histórico. Diz respeito à correlação entre o interesse e a disponibilidade. Juridicamente, bem delimitado pela Constituição ao encampar uma série de providências que o Estado tem que curar. [...] Como as necessidades aumentam e o mesmo não ocorre com o ingresso de recursos, há um descompasso entre as necessidades públicas e a finitude das receitas, o que impõe a tomada da decisão política. Anota Luiz Roberto Barroso que os limites 'econômicos derivam do fato de que certas prestações hão de situar-se dentro da 'reserva do possível, das disponibilidades do erário'. A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para atendimento e realização das políticas públicas. O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política do gasto. Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha. (2010, p. 284-285, *apud* PETTER, 2013, p. 158-159)

A não convergência entre as proposições e direcionamentos existentes na CF quanto a destinação dos recursos públicos e os "planos de governo" dos gestores públicos federais, culminaram em forte pressão orçamentária, devido à pouca margem de discricionariedade nos gastos públicos em conflito com a grande predisposição em gastar, livremente, por parte do Governo Federal. Uma saída para este impasse foi a criação dos mecanismos de desvinculação de receitas orçamentárias. A Desvinculação de Receitas da União (DRU) foi adotada em 1994, ainda revestida por outra denominação, quando da implementação do Plano Real.

A Constituição Cidadã, no §5º do art. 165, determinou a divisão do orçamento do governo federal em orçamento fiscal e orçamento da seguridade social, e para garantir a sustentabilidade do orçamento da seguridade social, a Constituição também segmentou as receitas que deveriam financiar cada um dos orçamentos. Deste modo, com fundamento no art. 195, o financiamento da seguridade social será promovido por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais.

Outra medida protetiva ao sistema de seguridade social consta no inciso IX do art. 167, o qual veda a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a e, II, para realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social. Observe-seo relato do ex-ministro da Previdência REINHOLD STEPHANES (1998, p. 95):

> Quando o sistema era jovem – ou seja, o número de trabalhadores contribuintes era muito superior ao número de inativos – verificaram-se saldos de caixa que deveriam ser utilizados para garantir a viabilidade do sistema em conjunturas desfavoráveis. Entretanto, esses saldos, muitas vezes, foram utilizados para outras finalidades, distintas dos interesses previdenciários.
> Os saldos da Previdência foram usados na construção de Brasília, na constituição e no aumento de capital de várias empresas estatais

> (sic), na manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios. De 1986 a 1988, as transferências da Previdência Social para a área de saúde cresceram por conta da implantação do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS), chegando a 35% da arrecadação sobre a folha de salários. De 1988 até meados de 1993, as transferências para o Sistema Único de Saúde (SUS), que substituiu o SUDS, chegaram a 15% de toda a arrecadação sobre a folha de salários. (*apud* CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 88)

1.1 Origem e instituição da DRU

A Desvinculação de Receitas da União teve várias denominações no decorrer do tempo, sua primeira representação normativa se deu por meio do Fundo Social de Emergência (FSE), instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 01/1994, a qual incluiu os arts. 71, 72 e 73 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo seu exercício limitado aos anos de 1994 e 1995. A partir da aprovação desta emenda, tornou-se obrigatória a desvinculação de 20% do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União para compor este Fundo.

O FSE tinha por objetivo o saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e a estabilização econômica do país, a serem alcançados através da liberação de recursos para o pagamento do serviço da dívida pública. Os recursos desvinculados seriam direcionados para ações nas áreas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, bem como para outros programas de relevante interesse econômico e social.

Vale ressaltar que a conjuntura político-econômica foi determinante para a investida da União sobre os recursos da seguridade social, por uma medida de caráter temporário, tão invasiva às garantias constitucionais protetivas da seguridade social. Era um período de turbulência econômica, com inflação fora de controle, em que diversos planos econômicos se sucederam na

tentativa de atingir a estabilidade econômica e fiscal. Assim, dentre algumas medidas tomadas pelo exitoso Plano Real, encontrava-se a instituição do FSE. Sobre a constitucionalidade do FSE pondera HARADA (2016, p. 146):

> Ainda que justificável fosse a criação do FSE em 1994, quando o País estava sem orçamento aprovado, mergulhado em profunda crise sem precedentes na história, não se pode deixar de lembrar a inconstitucionalidade de sua instituição por emenda constitucional. Não tem sentido algum, após decorridos mais de cinco anos da data da promulgação da Carta Política de 1988, inserir novas disposições transitórias, por meio de Emenda Revisional no 1/94, contrariando radicalmente o que está no corpo da Constituição, ainda que de forma temporária. Não pode o constituinte derivado suspender parcial e provisoriamente os efeitos das disposições constitucionais estabelecidas pelo constituinte originário visando à preservação do princípio federativo e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 40, I e IV, da CF). Do mesmo vício padece a prorrogação desse fundo, com o nome de Fundo de Estabilização Fiscal, por meio de outra emenda constitucional.

Em 1996, em decorrência da significativa contribuição do FSE ao resultado orçamentário fiscal, atenuando o déficit das finanças públicas federais e dando maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento, foi garantida sua continuidade, sendo rebatizado de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), por meio da Emenda Constitucional nº 10, com vigência até 30 de junho de 1997. O FEF não apresentou mudanças significativas em relação ao já previsto pelo FSE, e em 1997 houve nova prorrogação deste dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 17, com vigência até 21 de dezembro de 1999.

No fim da vigência do FEF já não se encontravam mais presentes os motivos ensejadores do mecanismo de desvinculação de receitas orçamentárias criado em 1994, pois o Brasil já se encontrava em um momento de maior estabilidade econômica. No entanto, o maior grau de discricionariedade no uso dos recursos

orçamentários proporcionada pelas desvinculações levou o legislador constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000, a criar a desvinculação de receitas da União (DRU) em moldes similares ao existente atualmente.

Diferentemente dos textos das emendas constitucionais que instituíram o FSE e o FEF, na EC nº 27, e nas demais emendas prorrogativas que a sucederam, o legislador constituinte derivado não informou quais os objetivos ou razões da DRU, e qual o destino de aplicação dos recursos desvinculados. Através desse diploma, foi incluído o artigo 76 ao Ato de das Disposições Constitucionais Transitórias: "É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais".

A Emenda Constitucional nº 42 de 2003, que promoveu alterações no Sistema Tributário Nacional, prorrogou a DRU por mais quatro anos, mantendo o formato de pura e direta desvinculação linear de qualquer órgão, despesa ou fundo do montante de 20% de todos os impostos e contribuições sociais federais, e ampliou seu alcance, de forma a também incluir na desvinculação a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE.

1.2 Prorrogações da DRU

No ano de 2007, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 56, prorrogando a DRU, nos mesmos termos da EC nº 42, até 31 de dezembro de 2011. Nova prorrogação se deu por força da Emenda Constitucional nº 68 de 2011, com vigência até 31 de dezembro de 2015, introduzindo um novo dispositivo que prevê expressamente a impossibilidade de se deduzir da parcela componente a DRU o

percentual mínimo de receitas a ser aplicado na manutenção e desenvolvimento da educação, nos termos do art. 212 da CF.

No dia 08 de setembro de 2016, foi publicada a Emenda Constitucional nº 93, a qual, diferentemente das emendas prorrogativas que a antecederam, trouxe alterações significativas na DRU, além de introduzir os novos instrumentos: Desvinculação de Receitas dos Estados (DRE) e a Desvinculação de Receitas dos Municípios (DRM).

A primeira modificação relevante é a majoração do percentual – de 20% para 30% –, a qual indica um sinal de alerta quanto à dependência desenvolvida, ao longo dos anos, pelas sucessivas prorrogações, entre o orçamento fiscal e o mecanismo de desvinculação de receitas. Demonstra-se com isto que a contínua transposição de recursos do orçamento da seguridade social para o orçamento fiscal, cuja intenção precípua era, em caráter temporário, o saneamento das contas públicas e estabilização econômica, findou em um ciclo vicioso perigoso.

Um segundo ponto que merece atenção é o extenso prazo de prorrogação, que caracteriza uma contradição ao caráter temporário do mecanismo, visto que as emendas prorrogativas da DRU tem alterado o ADCT da Constituição Federal de 1988, e que com a nova prorrogação vai atingir quase três décadas de vigência desde a criação do FSE, levando, assim, ao questionamento se já há intenção do legislador constituinte derivado de perpetuar os mecanismos de desvinculação de receitas no ordenamento jurídico brasileiro.

O outro elemento que revela o arranjo político-jurídico para criar condições para o estabelecimento da DRU como um instrumento permanente é a extensão para os estados, distrito federal e municípios, por meio das DRE e DRM. Os mesmos entes que foram alijados quando da criação do FSE, agora podem fazer uso do instrumento de desvinculação. O quarto destaque a ser feito sobre a EC nº 93 é a inovação em relação à desvinculação de parcela

de receitas de taxas, que devido ao seu caráter contraprestacional tem ensejado questionamentos quanto a sua constitucionalidade.

2 Controvérsias acerca da constitucionalidade da DRU

Apesar de já perdurar no ordenamento jurídico por alguns anos, há muitos pontos controversos acerca da constitucionalidade da DRU. Do ponto de vista formal, é sabido que o legislador constituinte derivado encontrou nas emendas constitucionais a fórmula para introduzir a DRU, e prorrogá-la, sem que pudesse ser questionada sua constitucionalidade sob esse prisma. No entanto, sob o enfoque material de controle de constitucionalidade, há alguns pontos a serem adequadamente debatidos.

2.1 Demandas judiciais e posicionamentos jurisprudenciais

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, esteve sob análise do STF o Recurso Extraordinário 537610/RS, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O recorrente sustentava que a alteração do art. 76 do ADCT, promovida pela EC nº 27/2000, promovendo a desvinculação de percentual (20%) do produto da arrecadação das contribuições sociais teria, na realidade, criado imposto novo e inconstitucional, motivo pelo qual requeria a desoneração de 20% do valor que seria devido em contribuições de PIS, COFINS e CSLL. A pretensão recursal não foi acolhida pela Segunda Turma, com relatoria do Min. Cezar Peluso, conforme se observa da ementa:

> 1. TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. **Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional**. (DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009, grifo nosso)

A decisão mais recente, proferida pelo STF, em julgamento sobre a desvinculação do produto da arrecadação de contribuições sociais da União por Emenda Constitucional, foi acerca do RE 566007/RS, julgado pelo Pleno do STF em 13 de novembro de 2014, com relatoria da Min. Carmen Lúcia, e ementado da seguinte forma:

> Ementa: DIREITOS CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU. ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU E O DIREITO À DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPORCIONAL À DESVINCULAÇÃO. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO**. 1. A questão nuclear deste recurso extraordinário não é se o art. 76 do ADCT ofenderia norma permanente da Constituição da República, mas se, eventual inconstitucionalidade, conduziria a ter a Recorrente direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas. 2. Não é possível concluir que, eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais, teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária. 3. Não tem legitimidade para a causa o contribuinte que pleiteia judicialmente a restituição ou o não recolhimento proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais instituída pelo art. 76 do ADCT, tanto em sua forma originária quanto na forma das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011. Ausente direito líquido e certo para a impetração de mandados de segurança. 4. Negado provimento ao recurso extraordinário. (**Publicado no DJe-028 de 11-02-2015, **grifo nosso)**

Infere-se destas decisões do STF que a constitucionalidade da DRU não foi devidamente debatida entre os Ministros do STF, visto que este tema não foi tratado, em abstrato, como núcleo central de uma ação de controle de constitucionalidade. Para provocar este enfrentamento pelo STF, um grupo de 19 entidades sociais promoveu a ADPF 415, em 14 de julho de 2016, a qual chegou a ser recebida pelo então presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, que não a enquadrou em caráter de urgência, e devido à complexidade e importância da causa, recomendou que a medida cautelar fosse analisada pelo relator sorteado — o ministro Celso de Mello.

O ato questionado na ADPF 415 é o Projeto de Emenda Constitucional – PEC nº 143/2015. No entanto, por não ter sido concedida a medida cautelar que solicitava a suspensão da tramitação da PEC 87/2015 (Câmara), convertida na PEC 31/2016 (Senado) e a PEC 143/2015 (Senado), que versavam sobre a prorrogação da DRU e sua majoração para 30%, hoje já está em vigor a Emenda Constitucional 93, já mencionada anteriormente.

A petição inicial indica que o preceito fundamental violado é o princípio constitucional de proteção ao sistema de financiamento da Seguridade Social, constante no art. 195 da Constituição da República, em consequência da desobediência e malversação da forma de custeio, e desvirtuamento da destinação específica das contribuições sociais, que financiam o sistema de Seguridade Social.

Os requerentes da ADPF 415 buscam demonstrar que as reincidentes reformas previdenciárias apenas vêm reduzindo direitos e mitigando o Estado do bem-estar social, sempre no argumento de um suposto "déficit" nas contas da Previdência Social, apurado mediante análise de premissas equivocadas, propondo políticas de reforma sempre tendentes a desmantelar o sistema de Seguridade Social, ao contrassenso das propostas da DRU, que visam retirar ainda mais de um caixa supostamente deficitário. Além do mais, as verbas desvinculadas pelo art. 76 do ADCT vão para o pagamento da "dívida pública", cuja origem é desconhecida

pela sociedade, desvirtuando a destinação específica das contribuições sociais, constitucionalmente asseguradas pelo art. 195, colocando em risco de aniquilação o Sistema de Seguridade Social.

Importante destacar que a ADPF 415 não conflita com decisões já tomadas pelo STF a respeito da temática desvinculação de receitas orçamentárias. Ela não propõe discutir a natureza jurídica da DRU ou se, esta, equivaleria à criação de novo imposto inominado, mas sim as consequências dos seus efeitos aos direitos sociais, devendo ser colocado numa balança, de um lado os valores constitucionais de proteção ao sistema de Seguridade Social e, do outro, a necessidade de arranjos fiscais para pagamento da dívida pública.

Nas manifestações jurisprudenciais que tangenciam a temática de desvinculação de receitas, não nos parece ter havido uma negativa sobre o cabimento do controle de constitucionalidade da DRU, pelo contrário, encontra-se nos julgados e entendimentos, destacados anteriormente, que se admite a relevância jurídica à discussão do tema, reconhecem a possibilidade de eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial de receitas das contribuições sociais e que as sucessivas prorrogações podem configurar ofensa potencial a preceitos constitucionais protegidos por cláusula pétrea.

2.2 DRU e a natureza jurídica das contribuições sociais

O artigo 4º do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece os critérios para a caracterização das diferentes espécies tributárias:

> Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
> I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
> II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Se considerarmos apenas a literalidade do artigo 4º do CTN, este parece afastar a destinação legal do produto da arrecadação como critério diferenciador das espécies tributárias, atendo-se ao fato gerador da respectiva obrigação. Este recorte, no entanto, tem sua razão de ser no próprio CTN, que, em seu artigo 5º, admite a existência de apenas três espécies tributárias: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. No entanto, a Constituição de 1988 estabelece novas categorias tributárias: empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

Este último, previsto no art. 195 da CF, força uma reanalise do critério de determinação da natureza jurídica do tributo, pois a caracterização da espécie tributária não se exaure na identificação do fato gerador da respectiva obrigação, é preciso reconhecer também a destinação legal do produto de sua arrecadação. Deste modo, é fundamental para caraterização da natureza jurídica das contribuições sociais a devida destinação legal do produto de sua arrecadação, a qual consta no art. 167, inciso XI da CF, corresponde ao pagamento de benefícios do regime geral de previdência social constantes no art. 201. A DRU então resultaria na desconfiguração da natureza jurídica das contribuições sociais, assimilando-se à natureza jurídica dos impostos, fenômeno que resultaria em desdobramentos tais como: "qual imposto resultaria desta modificação da natureza jurídica das contribuições sociais?" ou "os recursos desvinculados não deveriam ser repartidos com os demais entes federativos?".

2.3 DRU e a repartição tributária

A Constituição de 1988 possui um forte viés descentralizador, transferindo para estados e municípios a responsabilidade pela execução de boa parcela das políticas públicas, especialmente aquelas que envolvem a concretização de direitos fundamentais. Para o regular cumprimento das responsabilidades impostas pelo texto constitucional, é de fundamental importância o respeito à repartição de receitas tributárias nele prevista, garantia de

independência dos entes subnacionais e de autonomia na gestão das políticas públicas sob sua responsabilidade.

Entretanto, a União vem se utilizando da instituição das contribuições especiais e de intervenção de domínio econômico, cujas receitas não são compartilhadas com os demais entes através dos fundos de participação dos estados e dos municípios, para, em desatendimento aos anseios do Constituinte, centralizar cada vez mais a arrecadação tributária e, consequência, as decisões políticas fundamentais. Resta evidente que o fato da DRU permitir a desvinculação de parcela das receitas das contribuições vem afetando a forma como a União tem buscado o incremento em suas receitas. Para agradar os descontentes Estados e municípios é que a nova prorrogação das desvinculações inaugurou a desvinculação de receitas orçamentárias estaduais (DRE) e municipais (DRM).

2.4 DRU e a garantia dos direitos sociais

A desvinculação de recursos que originariamente deveriam ser destinados à seguridade social resulta no questionamento sobre a existência de redução dos gastos sociais. Desde a aprovação do FSE, em 1994, essa polêmica é renovada a cada proposta de prorrogação do mecanismo. O governo federal nega o impacto negativo da DRU sobre os gastos da área social, argumenta que não há redução de recursos destinados à previdência social, porque o gasto com aposentadorias e pensões é incompressível, e que o percentual mínimo de gastos com saúde já está definido na Constituição.

De fato, as despesas com determinadas funções sociais do governo não deixaram de serem atendidas em decorrência da existência DRU, em especial, as despesas obrigatórias da seguridade social. No entanto, DRU inibe a ampliação dos gastos sociais, e retira recursos que poderiam garantir a saúde financeira do sistema de previdência social, elevando a pressão política por reformas constantes que resultam em prejuízos aos segurados do regime geral.

2.5 A tese do Estado de Coisas Inconstitucional

Um novo elemento de argumentação pela inconstitucionalidade da DRU foi introduzido pela ADPF 415, é a defesa da instauração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), que é uma teoria criada pela Corte Constitucional da Colômbia, desenvolvida para possibilitar o enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Segundo a Corte Constitucional Colombiana, o ECI caracteriza-se, fundamentalmente, diante da constatação de três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

A teoria do ECI já foi aceita pelo STF no julgamento da ADPF 347 MC/DF, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, na qual a parte proponente argumentava que diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação dependeria de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deveria o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Cabe reconhecer que a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional requer a defesa de um ativismo judicial intenso por parte do STF, cujo debate foge da proposta do presente trabalho. Entretanto, a ideia por trás do ECI é essencial para compreendermos o quadro atual do custeio da Previdência Social, analisando-o de forma mais abrangente, considerando todo o sistema de financiamento da Seguridade Social, e questionando a constitucionalidade da DRU por contrapor-se ao direcionamento da

Constituição, enquanto unidade normativa, que visa à máxima efetivação dos direitos fundamentais.

3 Repercussão da DRU sobre o custeio da previdência social

A Previdência Social fundamenta-se no ideal de solidariedade, embasado na teoria do risco social, na qual toda a sociedade deve suportar o encargo de prover a subsistência dos incapacitados para o trabalho. A relação jurídica de custeio previdenciário caracteriza-se pelo modelo de previdência de caráter contributivo, com fundamento no art. 201, caput da CF. No sistema contributivo, a receita da Previdência Social resulta de pagamentos feitos por pessoas com destinação específica para o financiamento das ações no campo da proteção social.

Há um entendimento disseminado na sociedade de que a Previdência Social brasileira se encontra em situação financeira insustentável, decorrente de déficit orçamentário bilionário e em curva ascendente. No entanto, existem defensores de que os dados orçamentários oficiais divulgados não representam a totalidade das fontes de financiamento da Seguridade Social, pois as receitas reservadas pelo legislador para a Previdência Social são contribuições sociais em sentido amplo.

Os críticos à existência do déficit reclamam que se deve considerar o sistema de Seguridade Social de forma integrada, pela dicção do art. 195 da CF, possuindo um único e solidário financiamento e custeio. Desta maneira, faz-se a inclusão dos recursos arrecadados com a contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), contribuição social sobre o lucro (CSLL), receitas de concursos de prognósticos, COFINS importação, PIS/PASEP e outras receitas.

Nessa perspectiva, não se deve entender que as fontes de financiamento da Previdência Social resumem-se à arrecadação das contribuições previdenciárias de patrões e empregados, em decorrência da vinculação constitucional destes aos gastos com

benefícios previdenciários com intuito de proteger o sistema de financiamento da Previdência Social. No entanto, os dados oficiais sobre o déficit da previdência fazem o confronto direto entre os gastos com os benefícios previdenciários e as contribuições previdenciárias dos patrões e empregados.

Não obstante, é irrefutável que o gasto previdenciário vem crescendo em proporção maior que a arrecadação, soma-se a isso a ampliação da expectativa de vida da população brasileira. Deste modo, o sistema de financiamento da seguridade social precisa ser, necessariamente, readequado ao novo contexto econômico-social, como uma forma de proteção ao próprio sistema.

A questão que se levanta é a necessidade de um debate honesto sobre o tema, com prestação de informações corretas e esclarecimento dos pontos controversos. Neste ponto, torna-se imperativo a discussão do impacto das desvinculações de receitas orçamentárias sobre as fontes de custeio da Previdência Social, pois para fundamentar o pedido de inconstitucionalidade do mecanismo faz-se necessário comprovar seu aspecto prejudicial.

O superávit da Seguridade Social vem se reduzindo com o passar dos anos, entretanto se os recursos tivessem sido resguardados e não transferidos para o orçamento fiscal, ou mesmo tivessem sido parcialmente utilizados para modernização do sistema e estrutura para combater as fraudes previdenciárias, provavelmente não teríamos propostas de reforma previdenciárias tão restritivas de direitos quanto as atuais que estão em processo de elaboração no Congresso, com forte lobby por parte do governo e da classe empresarial.

Em última análise, o debate sobre as consequências das prorrogações das DRU passa pelo entendimento de qual seria a margem de discricionariedade do Poder Executivo na alocação dos recursos públicos. A Constituição Cidadã, criada após um período de ditadura militar com excessiva centralização do poder nas mãos do Executivo, buscou restringir essa discricionariedade vinculando

parcela significativa das receitas e determinando a repartição das receitas tributárias entre os entes federativos, por exemplo.

As prorrogações das desvinculações têm permitido uma maior margem de discricionariedade ao Poder Executivo quanto à execução orçamentária, possibilitando maior volume de recursos para pôr em prática seus planos de governo. Assim como, proporcionam um maior grau de flexibilidade orçamentária para se adaptar a eventuais mudanças conjunturais e de política econômica. Por outro lado, essa flexibilização por vezes resulta em menor transparência no orçamento, dificultando a visualização da destinação das receitas desvinculadas, em especial quando perdeu a característica de fundo (FSE/FEF) e adotou-se a nomenclatura de DRU. Essa regra impossibilita a distinção, na execução orçamentária, de qual parcela de recursos é originária de impostos gerais, e qual é referente à desvinculação de recursos, já que ambas agora compõem a mesma fonte de Recursos Ordinários.

Sendo um dos objetivos das desvinculações ter acesso aos recursos arrecadados por meio das contribuições sociais, as quais, por previsão constitucional, estão vinculadas ao financiamento da seguridade social, a União as tem majorado sistematicamente, cujo reflexo é o aumento contínuo da participação das contribuições sociais no total da arrecadação, em detrimento dos impostos. Visto que, recursos oriundos de majoração de impostos implicam em transferência de mais da metade desses valores para estados, municípios e Distrito Federal, além do que há vinculações constitucionais como, por exemplo, a previsão de que 18% da receita de impostos devem ser gastas em manutenção e desenvolvimento do ensino médio, as quais limitam o "ganho" da União com eventual elevação de impostos.

Outro grande ponto de debate acerca da DRU é a possibilidade de redução de gastos sociais como consequência da retirada de recursos do Orçamento da Seguridade Social. No entanto, as despesas com determinadas funções sociais do governo não deixaram de serem atendidas em decorrência da existência DRU, em especial, as despesas

obrigatórias da seguridade social. O que de fato ocorre é que a DRU evita que a disponibilidade de recursos vinculada ao orçamento da seguridade, em valores superiores àqueles necessários para cobrir os gastos. Com isso, a DRU impede a aceleração dos gastos (criação de despesas permanentes) e gera excedentes para a redução do déficit público e a amortização da dívida.

Contudo, a importância das desvinculações foi se reduzindo ao longo do tempo, os recursos desvinculados pela DRU, atualmente, retornam em sua maior parte para o orçamento da seguridade social porque as despesas da seguridade social, em especial da saúde e da previdência, cresceram fortemente. As despesas da previdência aumentaram muito devido aos seguidos reajustes do salário-mínimo acima da inflação, como este é referência para os benefícios previdenciários, a despesa da previdência cresceu significativamente. As despesas com saúde elevaram-se devido à regra instituída pela Emenda Constitucional nº29 de 2000, que determinou que o gasto da saúde deve crescer no mesmo ritmo de crescimento do PIB (Produto Interno Bruto). Como o PIB tem crescido acima da inflação, as despesas com saúde acompanham esse ritmo. Se esses dois setores passaram a demandar cada vez mais dinheiro, passaram a sobrar menos recursos de contribuições sociais para serem remanejados para o pagamento de outras despesas e a amortização da dívida pública.

Outro fator que enfraqueceu o poder da DRU de gerar recursos para livre alocação é o exercício de pressão por parte dos grupos que se consideram prejudicados pelo mecanismo. A cada renovação da DRU a sua abrangência tornava-se mais restrita. Observando essa tendência, na mais recente prorrogação em 2015, o constituinte derivado promoveu um salto no percentual de desvinculação e a previsão de que os orçamentos estaduais e municipais também façam uso desse mecanismo.

Em resumo, as principais consequências (ou causas) das prorrogações das desvinculações, um instrumento criado em caráter emergencial e temporário, tem sido a maior volume e

flexibilidade de recursos a ser discricionariamente alocados pelo Poder Executivo; evitar criação de mais despesas permanentes com gastos em Seguridade Social, com transferência desses recursos para o orçamento fiscal, contribuindo para gerar superávit primário e para pagamento da dívida pública; e uma significativa mudança na forma de arrecadação de recursos, aumentando significativamente a tributação por meio de contribuições sociais para gerar recursos não só para a seguridade, mas também para o financiamento do orçamento fiscal.

Considerações finais

A Constituição Cidadã buscou garantir a todos certo grau de segurança social, assegurando os direitos relativos a saúde, à previdência e à assistência social. No entanto, garantir políticas de desenvolvimento econômico e social que permitam a extensão da cobertura da seguridade social, concomitantemente à gestão eficiente e equitativa dos regimes orçamentários é um dos maiores desafios para o crescimento econômico equilibrado e para a coesão social.

As reformas previdenciárias fazem parte de um processo constante e permanente de adequação do sistema. No entanto, no caso brasileiro, o aspecto administrativo tem sido uma âncora para o sistema previdenciário, pois a cada reforma alegam-se os espectros estruturais e conjunturais, e pouco ou nada se faz sobre o espectro administrativo. Durante anos, antes e durante a ditadura militar, recursos da Previdência Social foram utilizados para fins distintos do custeio do sistema ou formação de fundo de reserva, dilapidando-se o lastro existente no sistema. Soma-se a isso o grande volume de fraudes, gestão não profissional da Previdência, concessão de benefícios com privilégios, renúncias fiscais e uma dívida ativa bilionária.

O não enfrentamento do tema DRU pelo STF, apesar das críticas ao mecanismo de desvinculação de receitas orçamentárias, demonstra consentimento ou inércia por parte dos legitimados ativos para

proposição de ação de controle de constitucionalidade. A Constituição afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir as cláusulas pétreas, deste dispositivo importa compreender que os direitos e garantias individuais, expressamente previstos como cláusula pétrea, não se limita ao art. 5º da CF, já havendo reconhecimento pelo STF de dispositivos constitucionais esparsos que consagram direitos e garantias individuais.

Deve-se analisar com atenção a expressão "tendente a abolir", pois, se esta não era proposta inicial do FSE e do FEF, a consequência das sucessivas prorrogações da DRU verifica-se hoje no discurso de falência da Previdência Social, fragilizada pelo desvio de recursos constitucionalmente vinculados para o seu custeio. Nesse sentido, compreende-se válida a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, para ampliar a capacidade da Corte Maior de efetivar sua função precípua, que é ser a guardiã da Constituição.

Deste modo, constatou-se que a utilização do mecanismo de Desvinculação de Receitas está na contramão da proposta constitucional, sendo de relevância jurídica e social um posicionamento da corte guardiã da Constituição, em especial por estar em vias de ser votada uma reforma previdenciária sem a correta análise dos problemas enfrentados pelo sistema previdenciário, e por este instrumento ter sido novamente prorrogado, até o ano de 2023, pela Emenda Constitucional nº 93, ampliando para 30% a parcela da arrecadação a ser desvinculada, e permitindo que os demais entes federativos também o façam.

A Desvinculação de Receitas da União só se legitimou na condição de regra temporário, e sua continuidade representa uma forma falseadora de ajuste fiscal contra a pretensão inicial do texto constitucional. Caracteriza desvio de finalidade, falta de transparência e fraude à Constituição devido ao contingenciamento dos gastos com políticas públicas vinculadas. De modo que, se não houver inconstitucionalidade no mecanismo em si, certamente há nos efeitos decorrentes de sua continuidade.

Referências

BARRETTO, Érica de Santana Silva. A constitucionalidade da desvinculação de receitas da União. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 87-107, abr./jun. 2015.

BRAGA, Karen Costa. A inconstitucionalidade da DRU sob a luz do inciso XI do artigo 167 da Constituição Social e a falsa ideia do déficit previdenciário brasileiro. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 388, abril 2016.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172 Compilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 415 / DF*. Procurador Geral: Rodrigo Janot. Disponível em : < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=5019950 >. Acesso em: 16 nov. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Data da publicação: DJE 19/02/2016 - ATA Nº 13/2016. DJE nº 31, divulgado em 18/02/2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/ verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de Recurso Extraordinário nº 537610 / RS*. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de Publicação: DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/6186833/recurso-extraordinario-re-537610-rs/inteiro-teor-101981514?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de Recurso Extraordinário nº 566007 / RS*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe-028 de 11-02-2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(566007.NUME.%20E%20R E.SCLA.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 415 / DF*. Arguente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA (CONTAG) e outras. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/entidades-pedem-stf-proiba-desvio.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Fernando Alvares Correia. *O que é e para que serve a Desvinculação de Receitas da União (DRU)*. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/12/05/0-que-e-e-para-que-serve-a-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-dru/>. Acesso em: 22 set. 2017.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 26ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NAVES, Amanda Isaias. Desvinculação de Receitas da União (DRU): questões controversas. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 93-107, mar./ago. 2016.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito Financeiro: série objetiva*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PINTO, E. G. Seis vezes DRU: flexibilidade orçamentária ou esvaziamento de direitos sociais?. *Revista De Jure – Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n.11, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e desvinculação de receitas da União. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 33-50, abr./jun. 2004.

3

Entre o direito e a realidade pela defesa da mulher brasileira: uma breve análise sobre a evolução da participação feminina na política

Clarissa Fonseca Maia[1]

Introdução

O ano de 2018 festeja os 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, tempo em que se faz necessário refletir sobre os direitos debatidos na Assembleia Constituinte, observando em que medida estes foram concretizados diante da realidade e das exigências sociais das ultimas décadas, haja vista que, tal qual se extrai da lição consagrada por Lassale (2006) a "Constituição Jurídica", caso dissociada da "Constituição Real" não é mais que uma simples "folha de papel".

Portanto, a análise da evolução constitucional brasileira nos últimos 30 anos é essencial, sobretudo, por que foi marcante na história constitucional brasileira uma constante dissociação do direito com a realidade. Destarte, inúmeros foram os descompassos entre a norma e sua aplicação social ainda na primeira Carta de

[1] Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (Universidade de Fortaleza), professor Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Advogada-OAB-PI. E-mail: clarafonsecamaia@hotmail.com

1824, que embora fosse uma Constituição Imperial, prescrevia formalmente algumas liberdades individuais.

Mesmo após, a proclamação da República e a instituição do documento de 1891, a disparidade entre o texto legal e a vivência social fez-se presente, em decorrência de um "idealismo da Constituição" denunciado por Oliveira Vianna (1987) como fruto do caráter dispersivo da sociedade brasileira. Segundo advertência deste autor, o ideal democrático seria sempre uma criação fantasiosa das elites dirigentes, enquanto permanecesse no povo "a tenuidade ou fraqueza da nossa consciência do bem coletivo, do nosso sentimento de solidariedade social e do interesse público" (VIANNA, 1987, p. 267).

A crítica de Oliveira Vianna e o seu discurso nacionalista versando sobre a necessidade de aproximar a legalidade da realidade, ao invés de incutir um propósito de emancipação social através da educação e do fomento a participação política do povo brasileiro, ao contrário, serviu nos anos seguintes como fundamento a implementação de uma doutrina autoritária que propunha governos paternalistas[2] e que se caracterizou pelo receio velado em relação a participação ativa do povo ao longo da história política nacional. Neste sentido é a observação de Lima (1998, p. 308):

> Ora se alega não achar-se o povo ainda educado para cumprir seus deveres cívicos; ora se insiste na necessidade moral do controle das manifestações do povo, a fim de impedir que as mesmas se desgarrem para o campo da demagogia, ou, como eles gostam mais de dizer, da anarquia.

Contudo, após os longos anos de autoritarismo, o Brasil da década de 1980 buscou romper a tradição conservadora e alienante que conferia ao seu povo apenas um viés simbólico de legitimidade. A ideia de construir um novo ordenamento jurídico passou então a reclamar a participação efetiva e representativa dos diversos

[2] Neste sentido, afirma José Honório Rodrigues (1985, p. 5) que Oliveira Vianna "é o pai espiritual de tudo o que nasce daí em diante de mais reacionário, como 1930, com seu autoritarismo, desapreço pela legalidade democrática e garantias individuais (...)".

seguimentos da população, com vistas a prestigiar o contexto pluralista da sociedade brasileira.

Desta forma, apresentou-se na Assembleia Constituinte de 1987 um cenário político inclusivo e pluralista até então não experimentado na história institucional do país. No entanto, em que pese os propósitos democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988, a ameaça de dissociação entre o texto legal e a sua vivencia social faz-se ainda presente. Com efeito, para que as expectativas de um programa constitucional se tornam efetivas é necessário que haja o condicionamento recíproco e perene entre a Constituição jurídica e a realidade político-social a qual se encontra inserida (HESSE, 1991, p. 13).

Sabe-se que a Constituição é um sistema jurídico aberto (CANOTILHO, 2002, p. 1143) e, por consequência, sujeito a uma permanente construção dialógica entre o direito e a realidade circundante, sendo constantemente adaptada às concepções cambiantes de verdade e justiça. Assim, para que o programa normativo fundamental seja de fato concretizado, as forças sociais que informaram o seu pacto originário devem continuar atuando e exigindo a efetivação das suas promessas.

Neste sentido, é a observação de Muller (1999) que afirma só ser crível o experimento autêntico de um programa constitucional se for possível dotar o seu povo (em sentindo real e não apenas icônico) de competências de decisão e forças para atuação política vivenciada diuturnamente pelo processo democrático ordinário.

Por isto, não basta ao cidadão destinatário das garantias constitucionais a previsão expressa em lei destas benesses. Para ter-se efetivamente acesso e fruição a direitos é necessário que o sujeito destes direitos anuncie o seu projeto e possa exigi-los através da sua participação ativa na esfera política ordinária.

Portanto, diante destas observações preliminares que reafirmam a exigência de uma afinidade e correspondência entre direito e realidade através da luta diuturna pela concretização das promessas constitucionais de 1988, o ensaio integra-se a presente

coletânea que se propõe a refletir sobre a vivência constitucional dos últimos 30 anos, examinando, especificamente, a afirmação da mulher brasileira enquanto sujeito da política e como sua participação no espaço público opera em favor do reconhecimento efetivo dos seus direitos, especialmente consagrados na Constituição Federal de 1988.

1 Histórico de lutas pela participação política da mulher brasileira

A colonização do Brasil e a formação das suas estruturas políticas e institucionais, naturalmente, remetem ao comportamento e as tradições culturais praticados pela metrópole portuguesa. Desta forma, tendo-se em vista os papeis sociais exercidos por homens e mulheres naquele contexto, o país se constitui com a adesão predominante do modelo patriarcal europeu que estabelecia o domínio masculino nas relações de poder através da perpetuação de crenças e práticas pautadas em assimetrias e desigualdades de gênero.

O ambiente ora descrito caracterizou-se pela adoção linear e homogênea de dois mundos completamente apartados entre si, por meio dos quais se desenvolviam as experiências humanas: a esfera pública e privada. A política enquanto elemento essencial da esfera pública era exclusivamente de competência dos homens, relegando-se a mulher apenas as funções domésticas e ainda assim subjugadas a hierarquia do consentimento masculino.

A independência da Colônia e em sequencia histórica a proclamação da República do Brasil não ensejaram qualquer mudança no modelo patriarcal de exclusão política da mulher. Com efeito, mesmo depois de instituída a democracia, o sufrágio restritivo baseado no gênero permaneceu ainda por muito tempo no país.

Percebe-se, então, que a evolução liberal e democrática do estado não representou avanços progressistas à tradição patriarcal predominante na cultura brasileira. Na verdade, outras tantas bases

institucionais e sociais foram reformuladas para só após ser admitido o voto feminino facultativo com a promulgação do Código Eleitoral de 1932 e em seguida com a Constituição de 1934.

A ideia de facultatividade do voto feminino refletia a discriminação da mulher na sociedade, porquanto esta exceção, na prática, definia que as mulheres votariam se assim quisessem seus pais, no caso das solteiras, ou seus maridos, para as casadas.

Em sequência ao período do Estado Novo, mantiveram-se as reservas quanto à participação política da mulher. Neste passo, a Constituição de 1946 definiu que o voto era obrigatório, exceto para as "que não exerciam atividades remuneradas", ou seja, notadamente, a maioria das mulheres casadas ou filhas solteiras economicamente dependentes, as quais permaneceram tendo o seu direito de sufrágio condicionado à permissão de seus maridos e pais.

A igualdade formal no que se refere ao regime jurídico do sufrágio só foi alcançada anos mais tarde, precisamente no Código Eleitoral de 1965, quando os direitos e obrigações eleitorais foram prescritos de forma idêntica sem discriminação de sexo.

Observa-se, assim, que o tratamento diferenciado quanto ao voto para os gêneros, perpetuado na legislação nacional por mais de trinta anos, mesmo após formalmente conferida à possibilidade da participação política da mulher na República brasileira, reflete mais uma forma de domínio varão, pois a facultatividade do voto feminino em um contexto social patriarcal fazia com que, na prática, a cidadania da mulher fosse sujeita a permissão do homem.

Prosseguindo, para que haja uma sincera contextualização sobre a trajetória da participação política da mulher na esfera pública nacional, deve-se destacar não apenas a sua ocupação nos espaços formais de natureza político-partidária, mas igualmente a luta social empregada pelos movimentos feministas em diversas arenas de discussão.

Neste sentido, oportuna é a remissão aos períodos de governo autoritário da ditadura militar instaurada no Brasil em 1964. Em obra de Maria Amélia de Almeida Teles (1999) sobre a história do

feminismo no Brasil, a autora relata que a primeira aparição publica organizada da mulher brasileira, fora do seu contexto predominantemente doméstico, não teve cunho progressista, mas ao contrário, ocorreu na fase inaugural do regime de exceção e se processou em apoio aos militares contra a temida "ameaça comunista", defendendo pautas conservadoras e reacionárias em manifestação que foi denominada de "Marcha com Deus pela Família e pela Liberdade".

Porém, ato contínuo ao agravamento da repressão e às violências perpetradas pelo governo, as mulheres novamente entram em cena, agora se rebelando contra o sistema: "(...) Algumas saíram à procura de parentes presos ou desaparecidos políticos: filhos, irmãos, maridos, companheiros ou namorados. Outras tantas participaram das organizações clandestinas, dispostas a lutar ombro a ombro com os homens pela libertação do país". (TELES, 1999, p. 56)

Além da ação política contra a ditadura militar, o movimento feminista no Brasil a partir da década de 1970, amparado em um programa internacional veiculado pela ONU que resultou na consagração mundial do ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher, sobreveio também a reivindicar direitos em prol das mulheres e contra a opressão e violência de ideologia patriarcal.

Desta forma, as organizações sociais feministas brasileiras que antes centralizavam o seu discurso na luta pela redemocratização do país, passaram então a incluir nos seus discursos a defesa das pautas levantadas pelos movimentos feministas internacionais. É o que assinala Ana Alice Costa ao caracterizar o feminismo brasileiro da década de 1970 como "parte de um amplo e heterogêneo movimento que articulava as lutas contra as forma de opressão das mulheres na sociedade com as lutas pela redemocratização." (COSTA, 2005, p. 15).

A insurreição política contra o governo militar e a postura de absoluta autonomia do feminismo em relação às estruturas estatais influenciaram fortemente a caracterização de um elemento singular ao movimento no Brasil, com reflexos ainda hoje sentidos. Trata-se

da aversão de grande parte destas organizações em se vincularem a um aparato político-institucional formal de estado e da política.

Com efeito, até a década de 1980, quando já se discutia a reorganização democrática do país, grande parte das feministas brasileiras, embora atuantes nas esferas públicas de discussões políticas e sociais, recusavam-se a se filiar a programas partidários e a apoiar expressamente plataformas eleitorais, pois entendiam que apenas através da luta autônoma e apartada da contaminação dos vínculos e dos vícios institucionais haveria a verdadeira emancipação dos direitos das mulheres. Em relato a este fato, oportuno são as palavras de Toscano e Goldenberg (1992, p. 42), na seguinte passagem:

> Uma das grandes discussões que fecundaram o debate das feministas a partir dos anos 80 diz respeito à criação, dentro do aparelho do Estado, de órgãos voltados para a defesa dos direitos da mulher, à semelhança do que já acontecia com incontestável êxito em muitos países do Primeiro Mundo. A grande questão levantada pelas feministas era de cunho nitidamente político: temia-se, com a incorporação pelo Estado das questões feministas, o risco de desvirtuar todo o trabalho já realizado pelas bases autônomas de mulheres. Para essa linha, dita feminista radical, permitir que a luta feminista fosse incorporada pelo Estado era esquecer o pressuposto do trabalho feminista segundo o qual a integração plena da mulher à sociedade e a plena igualdade só seriam alcançadas com uma mudança radical de toda a sociedade, jamais com mudanças adjetivas, parciais, tópicas. Nessa perspectiva, passar a questão da mulher à tutela do Estado significava renunciar à luta pelo fim da sociedade patriarcal e considerar que nosso problemas seriam resolvidos através de pequenas reformas e concessões manipuladas pelos homens, dentro do espírito de "entregar alguns anéis para não perder os dedos." De outro lado, aqueles grupos que defendiam a adoção de políticas mais realistas, com a participação crescente das militantes feministas no sistema de poder, afirmavam ser essa a única opção que permitiria às mulheres condições imediatas de se integrarem plenamente à sociedade, em pé de igualdade com os homens, já

> que só o Estado disporia de recursos suficientes para implementar projetos de ação mais ambiciosos.

Contudo, em que pese à resistência da ala mais radical do feminismo brasileiro na década de 1980, parte do movimento aceitou contribuir para uma campanha institucional patrocinada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) que a partir do ano de 1985, percorreu o país informando e discutindo com as mulheres as reinvindicações que deveriam ser levadas à Assembleia Nacional Constituinte.

Com o slogan "Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher", a campanha formulada pelo CNDM instigou e condensou as reivindicações femininas em um documento público denominado de "Carta das Mulheres à Assembleia Nacional Constituinte", na qual foram expressas as demandas políticas de mulheres brasileiras relacionadas a diversas áreas, tais como família, trabalho, saúde, educação, cultura, combate a violência, etc. Esta Carta foi solenemente entregue ao Presidente da ANC, Deputado Ulisses Guimarães, no dia 26 de março de 1987.

Em paralelo ao trabalho de conscientização, educação e reivindicação dos direitos das mulheres, o programa de ação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher também buscou fomentar o lançamento de candidaturas femininas para a Assembleia Nacional Constituinte, incentivando as líderes comunitárias e sociais a se filiarem a partidos políticos e concorrerem no pleito de 1986, o que teve relativa adesão de algumas que conseguiram espaço para registro em novas siglas partidárias de oposição recém-criadas.

Por outro lado, as agremiações políticas já tradicionais, embora fortemente dominadas por homens, também se abriram, em termos, ao lançamento de candidaturas femininas, pois a mobilização social e midiática promovida em favor dos direitos das mulheres contou com a simpatia e apoio de segmentos formadores de opinião, como, por exemplo, de artistas e de meios de comunicação. De igual forma, era crescente a participação feminina

nas lideranças de associações de moradores, comunidades eclesiais e outros redutos eleitorais, tornando-se vital aos partidos conquistar o voto das mulheres (GUEDES, 1989, p. 303).

Assim, no pleito de 1986 em torno de 166 mulheres de todo o Brasil concorreram a uma vaga como parlamentar federal pelos diversos partidos então existentes, das quais foram eleitas 26 Deputadas Federais e nenhuma Senadora.

A eleição de 1986, embora só tenha tido 26 Deputadas Federais eleitas, não deixou de representar um avanço na integração da mulher no ambiente político oficial, tendo em vista que nas legislaturas anteriores os números de parlamentares femininas sempre foram inferiores a 10 assentos. Ou seja, ampliou-se de 1,9 % para 5,3% o número de mulheres na Câmara dos Deputados.

Entretanto, embora ampliado o percentual de participação feminina no Congresso Nacional, aludido número mostrou-se muito inferior ao que se esperava para a Assembleia Nacional Constituinte, especialmente considerando-se o sucesso que foi a campanha nacional "Mulher e Constituinte" promovida pelo CNDM.

Ademais, observou-se que grande parte das parlamentares vitoriosas não foram eleitas, precisamente, em decorrência da luta pelas reinvindicações femininas, mas sim por escolha estratégia dos partidos políticos, com vista a manutenção de poder dos antigos chefes oligárquicos, os quais se utilizaram da figura de uma candidata mulher, geralmente na pessoa de suas filhas e/ou esposas, para se aproveitar do capital político que a campanha feminista importava naquele momento.

A baixa representatividade de mulheres com assento na Assembleia Nacional Constituinte exigiu um esforço participativo ainda mais vigilante dos que defendiam o reconhecimento das reivindicações feministas na Constituição em construção, pois mesmo que em certa medida os grandes partidos tenham lançado e até apoiado a eleição de candidatas mulheres, na práxis legislativa não foi lhes oportunizado funções de destaque.

Destarte, como competia aos lideres partidários (todos homens), a distribuição de capital político para proposição de emendas parlamentares, bem como a designação dos membros para composição, coordenação e relatoria dos assuntos debatidos nas comissões e subcomissões temáticas da constituinte, estes optaram por não contemplar nenhuma das parlamentares nas posições estratégicas para a direção dos trabalhos.

Na verdade, a única exceção à exclusão ora relatada ocorreu em apenas um breve momento, quando a relatoria da subcomissão de Ciências e Tecnologias esteve sob a direção da Deputada Cristina Tavares do PDT do Pernambuco. No entanto, já nas primeiras reuniões sob esta função, a parlamentar denunciou publicamente a interferência indevida do então Ministro das Comunicações do governo. Então, imediatamente a Deputada teve sua palavra cassada pelo Presidente da subcomissão e mais tarde foi afastada de vez desta função[3]. Sobre o acontecimento, convém colacionar a conclusão extraída por Silva (2011, p. 183) que ao narrar este evento oportunamente denuncia os reflexos da perniciosa influência do patriarcado e dos interesses capitalista na Assembleia Nacional Constituinte:

> No caso em análise, a ordem patriarcal vigente no seio da ANC, emerge da compreensão, partilhada pela maioria dos homens ali presentes, de que aquele poder pertence a eles e, portanto, não pode nem deve ser desestabilizado pela presença feminina. Uma importante posição decisória ocupada por uma mulher, ainda que efêmera e ínfima diante da imensa estrutura de poder pelos homens chefiada, ameaça o "natural" direito destes de "decidir os destinos dos súditos", o que, por si só, justifica o imediato afastamento e, consequentemente, exclusão da "não-cidadã da história", além do mais em se tratando de uma mulher que ousa questionar o modo de apropriação e fruição do capital, merece, com mais razão, ser expurgada do poder.

[3]ANAIS DA ANC- Ata da 17ª Reunião. Atas das Comissões, Suplemento ao nº85 do Diário da Constituinte, pp 149- 151.

Ao contrário do que se poderia supor à época, a destituição da única parlamentar relatora de uma subcomissão, ao invés de acovardar e enfraquecer a participação feminina na constituinte, na verdade, foi fato determinante para a reunião de forças das deputadas em favor dos direitos das mulheres.

É que a destituição arbitrária da Deputada Cristina Tavares causou polêmica no ambiente, resultando em protestos da oposição governista, mas especialmente gerando revolta de todas as demais 24 mulheres com assento naquela Casa.

Com efeito, até mesmo as parlamentares que, a rigor, não representavam as ideias progressistas defendidas pela ex-relatora, manifestaram-se publicamente a seu favor, em repúdio ao fato ocorrido, posicionando-se, inclusive, contrárias a opinião dos demais colegas de bancada. Veja-se, por exemplo, as palavras da Deputada do PDS do Piauí, Myriam Portella (PDS-PI), registrada nos anais da 71ª Sessão da ANC, na qual protestou que "(...) se essa destituição se concretizar, teremos a certeza de que a soberania de nossa Constituinte está abalada, de que as forças conservadoras e o empresariado estão aqui dentro para solapar a nossa vontade e a nossa autonomia[4].

Assim, com referência ao acontecimento ora narrado, no qual se destacou o apoio e a solidariedade comum de todas as 25 representantes mulheres da ANC, revelou-se que, independente das ideologias partidárias e de posicionamentos políticos contrapostos, aquelas Deputadas reuniram-se somando forças em defesa da participação política feminina na constituinte, passando a se organizar em um movimento suprapartidário que popularmente ficou conhecido como a "Bancada do Batom".

Porém, antes mesmo da luta pelo reconhecimento jurídico dos direitos reivindicados pelo movimento feminista, coube a "Bancada do Batom" lutar contra o preconceito e a misoginia tão característicos na política brasileira, o que dificultava muito a

[4] Deputada Myriam Portella - Ata da 71ª Sessão da ANC. Anais..., pp. 2185-248.

simples presença de mulheres naquele ambiente institucional. Neste sentido, inúmeros contratempos e dissabores de toda ordem foram relatados pelas parlamentares constituintes.

Segundo contou a então constituinte Maria de Lourdes Abadia em entrevista ao jornal Correio Brasiliense no ano de 2007, na época da ANC não havia sequer banheiro feminino na Câmara dos Deputados, tendo sido esta a primeira reivindicação formal da "Bancada do Batom" para o Presidente daquela Assembleia. Também, segundo relato desta mesma Deputada, não havia espaço para manifestação das parlamentares constituintes na grande imprensa, pois enquanto os homens apareciam nos jornais debatendo os temas importantes do projeto, as mulheres só eram procuradas por jornalistas de entretenimento para entrevista-las sobre estilistas e perfumes de sua preferência.

Na mesma reportagem a Deputada Rose de Freitas narrou que no meio dos debates da Assembleia Constituinte, alguns parlamentares homens fizeram uma espécie de "brincadeira" que consistia em uma eleição para eleger a "musa da constituinte" colocando uma urna no plenário com cédulas nas quais poderia se escolher entre a "Loira" (Deputada Rita Camata) ou "Morena" (Deputada Rose de Freitas), o que as ofendeu profundamente, levando-as a retirar com suas próprias mãos aludida urna do plenário.

Por fim, ainda nesta crônica jornalística, as parlamentares ouvidas, Deputada Rita Camata, Deputada Lidice da Mata e Deputada Rose de Freitas, relataram ofensas e insinuações que lhes eram dirigidas em 1987, mas que mesmo após passados décadas destes acontecimentos, ainda continuavam presentes naquele ano de 2007, como por exemplo, a limitação e corte da palavra das deputadas, insinuações machistas e tentativas de intimidação com "fofocas" relacionadas a supostos romances e casos extraconjugais destas com outros colegas parlamentares.

Contudo, embora a estrutura machista do parlamento tenha criado inúmeras dificuldades à convivência e participação política das mulheres constituintes, a união destas deputadas em uma

identidade coletiva e suprapartidária - a "Bancada do Batom"- dotou esta representação de força e visibilidade política, compelindo a inclusão das propostas em favor do direito das mulheres nos debates da Assembleia.

Com efeito, sabidamente, as parlamentares souberam se aproveitar da arquitetura institucional elaborada para aquela Assembleia Constituinte, na qual se previa a possibilidade de participação popular no processo através das denominadas emendas populares e da realização de audiências públicas.

Assim, o lobby do batom conseguiu trazer para o debate as pautas relacionadas aos direitos e as condições especiais da mulher, contornando o bloqueio político da subrepresentatividade feminina e das práticas machistas no parlamento por meio de uma aliança estratégica e articulada com grupos e movimentos progressistas da sociedade civil.

O saldo desta conjugação positiva de esforços cristalizou-se no reconhecimento valorativo, mas, sobretudo, normativo do princípio jurídico da igualdade formal e material entre homens e mulheres, com a proibição expressa de discriminações negativas fundadas no sexo. Aludido axioma se extrai especificamente do texto dos artigos 3, IV e 5, I da Constituição Federal, mas se reflete em inúmeros outras prescrições da Lei Fundamental, como por exemplo, na proibição de critérios de admissão, exercício de funções e salários por motivo de sexo dos trabalhadores (art. 7, XXX da CF); ou ainda no rompimento com o padrão patriarcal de organização familiar ao se estabelecer constitucionalmente a igualdade de direitos e obrigações nas relações de família (art. 226, §5)[5] e nas decisões sobre planejamento familiar (art. 226, § 7).

[5] Neste sentido, em decorrência deste princípio constitucional, cita-se a promulgação do Novo Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10/1/2002, que introduziu avanços significativos referentes à proteção dos direitos civis da mulher, sob a perspectiva da igualdade entre os gêneros. Ele exclui da norma jurídica a chefia masculina da sociedade conjugal, o pátrio poder e a administração dos bens do casal pelo marido, inclusive dos particulares da mulher, a anulação do casamento pelo homem por motivo do conhecimento da defloração da mulher antes do matrimônio e a deserdação da filha desonesta que viva às expensas paternas. Também introduziu o poder familiar compartilhado; permitiu ao homem

Inobstante, a igualdade formal de gêneros consagrada no pacto constituinte de 1988, o texto magno - e baseado neste outras disposições legais infraconstitucionais - não ignoram as condições especiais de proteção à integridade física, psíquica e social da mulher e à maternidade. Por esta razão, são reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro pós 1988 tratamentos diferenciados em questões como a segurança, à saúde, a participação política e a previdência feminina[6].

Ressalta-se que não se configura nestas hipóteses uma espécie de privilégio odioso em favor das mulheres. Na verdade, trata-se da efetivação do princípio da igualdade jurídica em sua perspectiva material, que nestes casos impõe a identificação da situação peculiar que envolve a anatomia e a formação sociocultural do ser feminino.

3 O contexto atual de participação política da mulher brasileira

O reconhecimento de direitos em favor das mulheres a partir da Constituição Federal de 1988 tem sido progressivamente contemplado no ordenamento jurídico pátrio, fruto da bem sucedida campanha promovida pela "Bancada do Batom" na Assembleia Constituinte e também das conquistas referentes à autonomia social

adotar o sobrenome da mulher e estabeleceu que a guarda dos filhos passa a ser do cônjuge com as melhores condições para exercê-la.

[6]Cita-se como exemplos de leis de caráter protetivo e com ações afirmativas em favor da mulher, os seguintes diplomas legais infraconstitucionais: a Lei nº 9029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; a Lei n.º 10.224/2001, que dispõe sobre o crime de assédio sexual; a Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. No plano político-eleitoral, cita-se também a Lei 9504/97 – Lei Geral das Eleições- que estabeleceu no seu artigo décimo que os partidos ou coligações deveriam reservar o mínimo de 30% e máximo de 70% para as candidaturas de cada sexo, a chamada reserva de cotas por gênero.

e assunção de posições de destaque feminino nas ciências e no mercado de trabalho.

Não se observa na legislação atual a presença formal de androcentrismos nos conceitos em abstrato de justiça e igualdade jurídica de gênero. Decerto, o desafio contemporâneo do feminismo não reside propriamente na prescrição legal dos direitos das mulheres em diplomas jurídicos, mas sim na concretização real destes preceitos e nas práticas sociais que envolvem a sua implementação, pois a cultura patriarcal e a misoginia ainda constituem fortes empecilhos à efetivação destes direitos.

Desta forma, continua sendo imprescindível que as mulheres tomem assento no ambiente institucional representativo, haja vista que estas, enquanto sujeitos de direitos, só podem anunciar e exigir o cumprimento do projeto feminista se possuírem correlata força de ação política. Neste sentido, pertinente é a lição de Arendt (1989) que descreve a participação política como "o direito a ter direitos". De fato, a ocupação de mulheres em ambientes formais da política representa mais que a projeção feminina em espaços públicos, porquanto, antes de tudo, é esta a condição necessária para viabilizar e exigir o cumprimento destes direitos.

Entretanto, o cenário brasileiro permanece desolador no que se refere à presença feminina em mandatos eletivos, pois se mantem de forma abismal o predomínio masculino nestas funções, não obstante, paradoxalmente, a maioria do eleitorado brasileiro seja composta de mulheres[7].

Contra o retrato de absurda exclusão da mulher na política brasileira, algumas medidas legislativas foram propostas para fomentar a abertura dos canais de participação feminina. Neste passo, em 2009 a Lei 12.034 modificou o artigo 10 da Lei 9504/97 § 3, tornando obrigatório ao partido político que na indicação das suas

[7] Segundo o Relatório do PNUD/ONU de 2017, as mulheres no Brasil ocupam cerca de 9,9 % dos mandatos eletivos, embora representem cerca de 52% do seu eleitorado. Disponível em https://nacoesunidas.org/brasil-e-lanterna-em-ranking-latino-americano-sobre-paridade-de-genero-na-politica/ Acesso em 08.07.2018

candidaturas proporcionais haja observância de cotas relativas à reserva de gênero, determinando que a lista de candidaturas lançadas pela agremiação seja formada por um mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidatos de cada sexo.

A intenção da mudança no texto legal é evidente, tendo por finalidade garantir maior participação feminina nos pleitos eleitorais e por consequência nos mandatos representativos. Contudo, a solução legislativa não veio acompanhada de outras medidas para implementação e viabilidade das candidaturas femininas, fazendo com que a exigência fosse encarada como mero empecilho formal de observância das siglas partidárias.

Com efeito, a lei eleitoral determinou uma meta mínima de 30% das candidaturas para reserva de gênero. Porém, os recursos financeiros disponíveis pelo Fundo Partidário para gastos com essas candidaturas, nos termos da Lei 13.165/2015, era limitado a 15% e a visibilidade para propaganda partidária de apenas 10%. Ou seja, não havia qualquer obrigação legal que favorecesse o incremento destas candidaturas, razão a qual a regra só foi observada em seu aspecto formal.

Por consequência, observou-se logo no pleito seguinte à aplicação da regra, no ano de 2012, que a porcentagem de candidatos sem nenhum voto foi predominantemente de candidaturas femininas, representando mais de 86% deste contingente. Ao passo que no cenário eleitoral pretérito das eleições de 2008, quando a cota mínima de reserva de gênero ainda não era obrigatória, o percentual de mulheres com votação zero havia sido inferior às candidaturas masculinas deste mesmo perfil, sendo de apenas 44,66%[8].

Também se evidenciou que mesmo após a obrigatoriedade da reserva de gêneros nas candidaturas proporcionais, embora tenha se aumentado o numero de registro de candidaturas femininas, não

[8] Dados recolhidos do site do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http:// ww.tse.gov.br>. Acesso em 08. 07.2018.

houve uma mudança significativa na quantidade de mulheres eleitas, já que em 2008 a quantidade de vereadoras no Brasil representava 12,5% dos legislativos municipais e em 2012 este valor só aumentou para 13,3% destas vagas[9].

Conclui-se, então, que a simples prescrição de obrigatoriedade do cumprimento da cota de reserva de gênero pelos partidos políticos, não significou um real incremento de participação feminina nos parlamentos brasileiros, mas ao contrário revelou nos últimos pleitos o registro de inúmeras candidaturas femininas fictícias. Em informação publicada pelo TSE sobre o resultado do pleito de 2016, constatou-se que 16.131 candidatos a vereadores no Brasil não obtiveram nenhum voto, sendo que 90% deste total se referem a candidaturas femininas[10].

Contra esta estratégia oficiosa dos partidos políticos alguns Tribunais Eleitorais tem contestado o registro meramente fictício de candidaturas femininas, vulgarmente denominadas de "candidaturas laranja", assim consideradas aquelas cujas candidatas registradas não obtiveram nenhum voto no ultimo pleito eleitoral. Segundo a jurisprudência destes TRE's aludido artifício empregado de má-fé pelos partidos políticos para burlar a exigência legal da reserva de cotas deve ser reconhecido como fraude eleitoral apta a determinar a cassação do registro, e por consequência, os mandatos parlamentares, dos candidatos eleitos por agremiações que se utilizaram deste expediente.

Recentemente outra medida foi adotada com a finalidade de promover maior participação política das mulheres. Trata-se de interpretação constitucional proclamada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.617/2015 em sessão plenária de 15 de março de 2018, na qual decidiu pela procedência da ADI em questão, reconhecendo a inconstitucionalidade da regra

[9] Dados recolhidos do site do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http:// ww.tse.gov.br>. Acesso em 08. 07.2018.

[10] Disponível em <http:// ww.tse.gov.br>. Acesso em 08. 07.2018

introduzida pela Lei 13.165/2015, que prescrevia um teto máximo de apenas 15% do uso do Fundo Partidário para gastos com as candidaturas femininas.

Nesta decisão, o Supremo estabeleceu que o financiamento de campanhas eleitorais de mulheres deve ser no mínimo equiparável à ação afirmativa em favor das candidaturas por reserva de gênero, ou seja, ao menos 30% do valor correspondente ao Fundo da sigla devem ser necessariamente utilizados em prol das candidaturas de suas filiadas.

Seguindo o entendimento esboçado na ADI 5617 do STF algumas parlamentares formularam Consulta ao TSE para esclarecer se a regra de gastos mínimos de 30% com candidaturas femininas do Fundo Partidário decidida pelo Supremo se estenderia também ao recém-criado Fundo Especial de Financiamento de Campanha Eleitoral, bem como para o tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Assim, no ultimo dia 22 de maio de 2018, a Corte Eleitoral, por unanimidade, respondeu à Consulta, firmando entendimento que, nos termos do que foi proclamado na ADI n. 5617 julgada pelo STF, é também dever dos partidos políticos assegurar, no mínimo, 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na TV para as suas candidaturas femininas.

As citadas decisões do STF e do TSE têm impacto particularmente relevante na eleição de 2018, pois em decorrência de um movimento iniciado em 2015 por decisão do Supremo Tribunal Federal que proibiu a doação eleitoral por pessoas jurídicas, acompanhado das reformas eleitorais promovidas em 2017, o protagonismo do financiamento público nas campanhas eleitorais subsidiadas pelo Fundo Partidário e pelo Fundo Especial de Financiamento de Campanha dos partidos políticos será determinante para viabilizar as candidaturas.

Com efeito, tendo em vista a tradição de exclusão da participação feminina na política, notadamente na sua vivencia

intrapartidária, bem como a constatação das fraudes eleitorais perpetradas nas eleições passadas pelas "candidaturas laranja", seria bastante previsível que as agremiações não fossem investir na eleição das suas filiadas, o que aumentaria ainda mais o cenário de desigualdade de gênero presente na política brasileira.

Portanto, entende-se que diante do atual contexto empírico e normativo em que se encontra o sistema eleitoral brasileiro e considerando a tradição de supressão e inviabilidade da participação política da mulher no Brasil, acertadas foram estas decisões das Cortes Constitucional e Eleitoral sobre a distribuição dos fundos públicos para financiamento das campanhas eleitorais com a imposição de percentual mínimo de gastos em favor das candidaturas femininas.

Entretanto, não se sabe até que ponto estas medidas serão de fato eficazes para romper de forma significativa com a hegemonia masculina no âmbito político institucional brasileiro, haja vista que o predomínio absoluto dos partidos políticos, notadamente das tradicionais e majoritárias siglas partidárias, continua sujeito ao mandonismo dos arcaicos "Caciques" eleitorais, os quais em esmagadora maioria são homens.

Considerações finais

A inclusão política da mulher no Brasil ocorreu tardiamente e se desenvolveu com acentuado desnivelamento em relação à participação dos homens, o que resultou no inevitável cenário de absoluto predomínio masculino na ocupação dos cargos eletivos e na direção dos partidos políticos.

Embora se reconheça que nos últimos anos alguns esforços foram empreendidos para tornar factível um ambiente político mais inclusivo e paritário, seja por propagandas institucionais que buscam uma conscientização coletiva em favor da participação política feminina, ou até mesmo pela adoção de medidas afirmativas de caráter normativo que impõe aos partidos políticos investir na

candidatura de suas filiadas, certo é que nenhumas das soluções já apresentadas contribuíram significativamente para a mudança do perfil político-institucional brasileiro.

Tomando-se como base os dados processados pelo Tribunal Superior Eleitoral referente às ultimas eleições municipais e gerais, tem-se o retrato de quase exclusão da participação oficial feminina na política nacional, ante a enorme discrepância em relação ao predomínio masculino.

Nas eleições de 2016, apenas 13,51% de vereadores e 11,57 % dos prefeitos municipais eleitos em todo o país são mulheres. Quadro semelhante se observou nas eleições gerais de 2014 em que menos de 10% das vagas da Câmara dos Deputados e apenas 18% do Senado Federal foram ocupados por mulheres eleitas naquele ano. Da mesma forma, as Deputadas Estaduais e Distritais de todo o país não representam mais que 11,33% da composição dos legislativos estaduais, e dos 27 governadores em exercício somente uma é mulher (3,7%)[11].

Os números acima descritos refletem o quanto o país esta atrasado na agenda de fomento à participação paritária de gêneros na política, pauta defendida por inúmeros organismos e pactos internacionais dos quais o Brasil é estado signatário. De acordo com o relatório de 2017 do Programa Nacional de Desenvolvimento Humano da ONU – PNUD, o Brasil ocupa a vergonhosa posição de 32ª em um ranking de 33 países latino-americanos e caribenhos de ocupação feminina nos seus parlamentos, estando ainda muito abaixo da média geral que é de 28,8% de parlamentares mulheres. Quando comparado ao contexto global, o Brasil também se encontra nas ultimas posições da listagem, pois atualmente esta no 154º lugar de um ranking mundial de 172 países[12].

[11] Dados recolhidos do site do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em <http:// ww.tse.gov.br>. Acesso em 08. 07.2018.

[12] Relatório do PNUD/ONU de 2017 quanto ao Indice de Equidade de Gênero de Participação Política. Disponível em https://nacoesunidas.org/brasil-e-lanterna-em-ranking-latino-americano-sobre-paridade-de-genero-na-politica/ Acesso em 08.07.2018.

Ressalta-se que nos últimos anos, vários países do mundo, inclusive estados menos desenvolvidos economicamente que o Brasil, vem investindo em programas normativos eficazes que combatem diretamente os bloqueios políticos tradicionais à participação feminina. Neste sentido, podem-se citar alguns países latino-americanos que estabeleceram cotas mínimas de gênero, não apenas para lançar candidaturas como no Brasil, mas precisamente para preenchimento de vagas nos seus parlamentos[13].

Destarte, diante de um cenário tão desigual em relação à participação feminina da mulher na política, tal qual se apresenta no contexto brasileiro atual, é provável que sejam necessárias medidas mais eficazes e diretas de ações afirmativas que promovam a real inserção das mulheres nas funções representativas do estado.

Contudo, há que se reconhecer que, embora oficialmente a participação política paritária no Brasil ainda seja algo distante da realidade atual, por outro lado mostrou-se possível conquistar pautas progressistas quando há alguma forma de organização coletiva que trabalhe em favor das minorias. Neste sentido, citam-se os avanços obtidos em favor dos direitos da mulher nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em que os movimentos populares atuaram fortemente em apoio a causa feminista junto com a minoritária "Bancada do Batom".

Portanto, defende-se que *pari passu* a luta pela conquista de espaços representativos ocupados por mulheres no ambiente político-partidário oficial, promova-se também o empoderamento da causa feminista enquanto prática política nos diversos ambientes sociais e até privados, pois se confia ser possível que através de organizações autônomas mesmo fora do aparato estatal, a ação de movimentos sociais possa ser eficaz, porquanto são estes capazes de provocar uma espécie de constrangimento simbólico nos

[13] Esta medida foi adotada pelo México e El Salvador com reconhecido sucesso nas suas ultimas eleições. Também a Argentina e o Paraguai recentemente aprovaram leis de paridade de vagas parlamentares destinadas as mulheres

mandatários de cargos eletivos, convencendo-os a atuar em favor dos direitos das mulheres, a exemplo do que ocorreu na ANC.

Conclui-se, então, reafirmando que para a real fruição do princípio normativo de igualdade jurídica material entre os sexos, formalmente reconhecida na Constituição de 1988, é imprescindível a participação política das mulheres, pois não é factível a eficácia de um direito se o seu sujeito não possui um correlato poder de ação política para anunciar e exigir a implementação do seu projeto.

Desta forma, apenas com a afirmação fidedigna da mulher como sujeito da política e com a sua inserção definitiva nos espaços de discussões públicas – oficiais e extraoficiais- é que se poderá viabilizar, de fato, a igualdade de gêneros proclamada na Constituição Federal de 1988. Caso contrário, mais uma vez, ter-se-á no Brasil apenas um texto jurídico ficcional, em que o direito é completamente dissociado da sua realidade e vivência social.

Referencias

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE 1987-88. *Atas de Comissões. Senado Federal, 112 p.* Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/4c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DE%20GARANTIA%20DA%20CONSTITUI%C3% 87%C3%83O,%20REFORMAS%20E%20EMENDAS.pdf>. Acesso em 29 de jun.2018.

BACKS, Ana Luiza, et al. (Orgs.) *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA MULHER. Relatório Ano Dois, nov. 1987.

COSTA, Ana Alice Alcântara Costa. *O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política*. Disponível em: http://www.unb.br/ih/his/gefem/labrys7/liberdade/anaalice.htm 2005. Acesso em: 12 de nov. 2018.

GOLDENBERG, Mirian e TOSCANO, Moema. *A revolução das mulheres*. Um balanço do feminismo no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

GUEDES, Nair Barbosa. *Mulher, participação popular e Constituinte. In Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. MICHILES, Carlos et al. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Tradução de Leandro Farina. 3.ed. São Paulo: Minelli, 2006.

LIMA, Hermes. Partido, povo e consciência política. *In MENESE, Djacir (org.) O Brasil no pensamento brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998. Coleção Brasil 500 anos.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 2. Ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1999.

RODRIGUES, José Honório. *A história da história do Brasil*. São Paulo: Companhia editora nacional, 1985.

SILVA, Salete Maria da. *O Legado jus-politico do lobby do batom vinte anos depois: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal*. Disponível em:< http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf >.Acesso em:12 jun. 2018.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Braziliense, 1999.

_____. A Constituição de 88 e a cidadania das mulheres. In: *Seminário Constituição 20 Anos: Estado, Democracia e Participação Popular. Caderno de Textos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

VIANNA , Francisco José Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

4

A participação da sociedade civil e Constituição Federal de 1988

Fábia de Kássia Mendes Viana Buenos Aires[1]

Introdução

O Brasil foi até 1980 um país com baixa propensão participativa, fenômeno esse, segundo Avritzer (2009, p. 27), "[...] ligado às formas verticais de organização da sociabilidade política, tais como a concentração do poder na propriedade da terra e a proliferação do clientelismo no interior do sistema político na maior parte do século XX".

As relevantes modificações das relações entre Estado e sociedade civil ao longo dos anos de 1980, a partir do fim do regime ditatorial, as manifestações dos movimentos sociais em prol das "Diretas Já", a Constituinte, a elaboração e votação da Constituição de 1988, bem como o retorno das eleições diretas em todos os níveis governamentais possibilitaram uma redefinição das atribuições e competências na gestão de políticas públicas, bem distintas do modelo anterior do regime militar. Nesse sentido, variados canais de comunicação foram disponibilizados à sociedade para que esta viesse a colaborar com o Estado na elaboração de políticas públicas (ARRETCHE, 1998).

[1] Professora Doutora em Políticas Públicas do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí; Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Piauí. E-mail: fabiakassia@gmail.com.

Paoli e Telles (2000, p. 105) afirmam que:

> Esse é, poderíamos dizer, o legado dos anos 1980: depois de anos de arbítrio e repressão e no horizonte histórico de uma sociedade autoritária, excludente e hierárquica, as lutas sociais que marcaram esses anos criaram um espaço público informal, descontínuo e plural por onde circularam reivindicações diversas. Espaço público no qual se elaborou e se difundiu uma 'consciência do direito a ter direitos', conformando os termos de uma experiência inédita na história brasileira, em que a cidadania é buscada como luta e conquista e a reivindicação de direitos interpela a sociedade enquanto exigência de uma negociação possível, aberta ao reconhecimento dos interesses e das razões que dão plausibilidade às aspirações por um trabalho mais digno, por uma vida mais decente, por uma sociedade mais justa.

É possível mensurar o grau de relevância que a participação recebeu a partir de então, ao constatar as reformulações dos marcos legais, presentes na Constituinte e no texto da Constituição de 1988, com a incorporação de nova arquitetura participativa. Acrescente-se a isso a instituição de espaços participacionistas, mediante leis secundárias setoriais, bem como leis regionais e regulamentos (TATAGIBA, 2009).

Para além da incorporação e universalização de direitos Paoli e Telles (2000, p. 109) defendem que a CF de 1988 "traduz uma exigência de participação na gestão da coisa pública e acena para as possibilidades da construção partilhada e negociada de uma legalidade capaz de conciliar democracia e cidadania".

Assim, o direito à participação veio ao encontro da atuação contestatória e reivindicatória dos movimentos populares, com suas variadas bandeiras de luta, a buscar transformações político-institucionais, permeadas por ideologias de soberania e emancipação popular, autonomia social, gestão compartilhada etc. Atuaram relevantemente para a redemocratização, expressando-se através de mobilizações em prol da Assembléia Constituinte, em 1987-88 (TATAGIBA, 2009).

A redefinição das relações políticas e institucionais entre Estado e sociedade civil a favor de um diálogo e de uma deliberação conjunta passou a vigorar na segunda metade da década de 1980. A relação dicotômica entre estes se modificou e gradativamente transformou-se em uma atuação colaborativa, ou seja, ambos atuando em conjunto no que diz respeito à elaboração, deliberação e implementação de políticas públicas (NOGUEIRA, 2011).

Sobre esse contexto Paoli e Telles (2000, p. 105) afirmam:

> Se nos últimos anos a trama da sociedade brasileira se modificou, abrindo-se ao reconhecimento das demandas populares, mesmo que no modo ambíguo e ambivalente de uma opinião pública sempre pronta a desfazer sua legitimidade e evocar as velhas imagens da desordem; se a negociação já se torna factível no lugar em que antes apenas existia a violência que, sem deixar de estar presente, já não aparece como resposta exclusiva e evidente por si mesma na ordem de suas razões; se a palavra 'trabalhador' (e do trabalho) já é acolhida positivamente, rompendo o sentido antes unívoco de inferioridade, mesmo que a acusação de ignorância e incompetência para a coisa pública continue a mobilizar o imaginário coletivo e a tranquilizar a opinião pública 'esclarecida' que se vê confirmada em seus arraigados preconceitos; se tudo isso pôde acontecer é porque no campo dos conflitos que agitaram toda essa década, foi construída uma trama representativa por onde a reivindicação de direitos pôde circular, criando identidades onde antes parecia só existirem homens e mulheres indiferenciados na sua própria privação.

Entre 1985 e 1988, através da Assembleia Nacional Constituinte (ANC),[2] a elaboração da nova Constituição estabeleceu-se no País e trouxe relevantes mudanças na política brasileira. A principal e mais importante característica da ANC seria o caráter

[2] Foi um organismo criado dentro da ordem política e institucional do Brasil, dotado de plenos poderes, para propor a criação de uma nova Carta Magna. Geralmente, ela é composta a partir da eleição de representantes específicos para este fim e é diluída quando conclui seus trabalhos. Foi formada por 487 deputados federais e 72 senadores. A nova Constituição foi entregue ao País no dia 5 outubro de 1988, com 315 artigos, 573 parágrafos, 934 incisos e 188 alíneas (ROCHA, 2013).

participativo, e o recebimento de propostas de emendas populares relacionadas a diversos assuntos importantes para a sociedade, tais como Reforma Urbana, Saúde, relações de trabalho e a Reforma Agrária. Os movimentos sociais à época utilizaram-se desse canal para apresentar suas propostas e defender seus interesses, o que caracterizou esse momento como de aproximação e aprofundamento democrático, viabilizando mudanças nas relações entre Estado e sociedade civil (AVRITZER, 2009).

A reivindicação dos movimentos sociais por direitos, bem como por uma mudança na condução administrativa do Brasil era um contexto favorável à emergência de espaços participativos (AVRITZER, 2009).

2 A sociedade civil brasileira e os mecanismos constitucionais de participação

Nesse cenário o papel da sociedade civil na participação e controle dos atos de gestão nas diversas esferas e instâncias governamentais foi ganhando relevância. Não se trata da substituição das instituições da democracia representativa, mas de sua complementação, promovendo na visão de Tatagiba e Teixeira (2006, p. 4.) "[...] uma nova arquitetura institucional onde o sistema representativo possa ser fortalecido e tensionado pela inclusão de mecanismos de participação cidadã".

A criação de um contexto normativo favorável à participação da sociedade civil permitiu, segundo Tatagiba (2009), a "experimentação" de variados mecanismos, entre eles os Conselhos municipais e estaduais e os orçamentos participativos. A exemplo disto, os orçamentos participativos, que foram instaurados não apenas no Brasil, mas em outros países da América Latina (Argentina e Uruguai), bem como os conselhos e fóruns sobre políticas públicas nas áreas da Saúde, Infância e Adolescência (Chile e Paraguai), na moradia (Uruguai, Argentina e Paraguai) e planejamento urbano (Argentina, Chile e Paraguai) e as

controladorias e ouvidorias cidadãs (Costa Rica, Colômbia, Chile, Bolívia, México, Paraguai, Equador).

O contexto político era favorável a essa mudança de relacionamento, uma vez que a busca pela redemocratização do país trouxe embates e conflitos entre Estado e movimentos sociais na luta por reconhecimento de direitos de cidadania, oportunizando seu estabelecimento normativo, e modificando gradativa e lentamente o espaço político no qual os gestores atuavam. Consequentemente, por meio da Constituição de 1988, variados mecanismos de regulação e criação de políticas públicas foram sendo criados, como bem assevera Tatagiba (2009, p. 11), quais sejam: "o Sistema Único de Saúde (SUS), a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o Estatuto da Cidade, o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS)".

A política urbana também recebeu forte apoio nesse período, através do Movimento Nacional de Reforma Urbana (MNRU), o qual apresentou a ANC proposta de emenda popular de participação da sociedade civil na gestão sobre questões urbanas. Apesar de toda a pressão sofrida por conta dos interesses imobiliários à época existentes, estabeleceu-se a obrigatoriedade de elaboração, por parte de todos os municípios com mais de vinte mil habitantes do País, do Plano Diretor, no qual a participação da sociedade civil seria obrigatória (BRASIL, 1988).

Outro exemplo latente deste período foi a ascensão do orçamento participativo como instância legítima de participação da sociedade civil junto à gestão pública. A cidade de Porto Alegre teve em sua administração, já em 1988, a implementação desse espaço de deliberação entre Estado e sociedade civil em nível municipal, contando com membros de associações de bairros e cidadãos. Outras cidades também aderiram à utilização deste mecanismo participativo, como Recife, Belo Horizonte, Belém etc. Esse novo mecanismo de participação viabilizou um engajamento político de

membros dos movimentos sociais não apenas na gestão de políticas públicas, mas também no próprio processo eleitoral de seus representantes (GOHN, 2003).

Dagnino (2002, p. 4) afirma:

> Com a eleição de Collor em 1989 e como parte da estratégia do Estado para a implementação do ajuste neoliberal, há a emergência de um projeto de Estado que deve se isentar progressivamente de seu papel de garantidor de direitos, através do encolhimento de suas responsabilidades sociais e sua transferência para a sociedade civil. Este projeto constitui o núcleo duro do bem conhecido processo global de adequação das sociedades ao modelo neoliberal produzido pelo Consenso de Washington.[3]

A partir da década de 1990, já com uma retórica reformista, a participação da sociedade civil apresenta-se com relevante papel no que diz respeito à reorganização da gestão pública, com fins de eficiência e eficácia das políticas públicas criadas, especialmente as relacionadas aos direitos sociais. Tem-se um contexto no País de quase obrigatoriedade dos espaços de participação de atuar em prol de um referendar das ações públicas muito mais do que contestar, questionar e efetivamente colaborar para uma gestão pública compartilhada. Tatagiba e Teixeira (2006, p. 3) afirmam que:

> [...] se nos anos 70 e 80 a participação legitimava-se em referência a ação contestatória dos 'sem voz', associando-se fortemente à utopias transformadoras, a partir de meados dos anos 90, esse ethos passa a conviver e a disputar a capacidade de nomeação e significação das experiências participativas em um novo conjunto

[3] Termo utilizado por John Williamson para determinar o que viria a ser um conjunto de propostas econômicas, defendidas pelos políticos e tecnocratas residentes na capital americana. As recomendações em relação ao ajustamento da América Latina seguiam primordialmente as seguintes premissas: "a) Os desajustes econômicos resultam sempre de excesso de demanda oriunda dos gastos do setor público; b) A liberalização da economia durante a fase de estabilização não irá criar desequilíbrios econômicos explosivos nem aumentar o fardo do ajustamento; c) As dívidas externas devem ser pagas *in totum* para incentivar a volta dos empréstimos bancários voluntários" (PORTELA FILHO, 1994, p. 107).

> de valores que encontra nos desafios e expectativas de uma gestão pública eficaz sua legitimidade.

Esses distintos espaços nos quais se legitimam as práticas participativas representam as experiências relevantes na convivência Estado e sociedade civil. Além disso, estruturam e demonstram no cotidiano como se constroem as relações democráticas e o significado que se delineia acerca da participação e da democracia (DAGNINO, 2002).

Enquanto na primeira metade da década de 1980 as preocupações das organizações sociais giravam em torno de autonomia em relação ao Estado, de redemocratização das relações políticas e sociais, bem como de controle e fiscalização da gestão pública, em um segundo momento, e já conquistadas estas demandas, principalmente no plano normativo, já na metade da década de 1990, os interesses sociais estavam voltados para o estabelecimento de ampla gama de possibilidades, no tocante à participação em todas as áreas de elaboração das políticas públicas. A manutenção de sua autonomia perante o Estado tornou-se um ponto sensível nesse cenário, tendo em vista a efetiva aproximação com suas instituições (DAGNINO, 2002).

A expectativa das entidades da sociedade civil em relação à atuação administrativa do Estado era que mediante a utilização dos mecanismos de participação da sociedade civil que emergissem do Estado se modificassem as estratégias governamentais de planejamento e execução das políticas públicas no Brasil. Como dispõem Tatagiba e Teixeira (2006, p. 8):

> A mudança desse padrão seria possível porque a participação provocaria um tensionamento nas agências estatais, tornando-as mais transparentes, mais responsáveis, mais suscetíveis ao controle da sociedade. A sociedade poderia exercer um papel mais efetivo de fiscalização e controle estando mais próxima do Estado, assim como poderia imprimir uma lógica mais democrática na definição da prioridade na alocação dos recursos públicos. Esses mecanismos de participação obrigariam o Estado a negociar suas

> propostas com outros grupos sociais, dificultando a usual confusão entre o interesse público e os interesses dos grupos que circulam em torno do poder estatal e costumam exercer influência direta sobre ele (TATAGIBA; TEIXEIRA, 2006, p. 8).

Havia uma perspectiva geral de que através da participação seria possível modificar o padrão de planejamento e execução das políticas públicas no Brasil, uma vez que estabeleceria modificações nas agências estatais no tocante à transparência de seus atos e à responsabilização quanto à obrigatoriedade de negociar com a sociedade civil acerca de seus interesses. Segundo Tatagiba, "esperava-se, ainda, que a participação tivesse um efeito direto sobre os próprios atores que participavam, atuando assim como um fator educacional na promoção da cidadania" (TATAGIBA, 2009, p. 8).

A Constituição de 1988 referendou a participação da sociedade civil na condução administrativa do País através da criação de mecanismos para além das eleições. Ou seja, a atuação da sociedade civil não se resumiria à escolha de seus representantes nas esferas municipais, estaduais e federais, mas também atuando em conjunto com os mesmos por meio dos espaços criados pelo Estado ou não na elaboração, deliberação, implementação e fiscalização das políticas públicas. Estar-se-ia diante de um arcabouço normativo de participação conjunta entre Estado e sociedade civil em prol da administração pública (DAGNINO; TATAGIBA, 2011).

> As Inflexões nas formas de atuação dos movimentos sociais, expressa na sua chamada "inserção institucional" e as novas relações que se estabelecem entre eles e o Estado nos seus distintos níveis, exigiu a adoção de novas formas de atuação que, por sua vez, implicaram num difícil processo de aprendizado. O trânsito que desde uma atuação que enfatizava fortemente, de um lado, a dimensão reivindicatória e as estratégias de ação a ela adequadas e, de outro, a mobilização e organização do movimento, para as novas exigências que a participação nos novos espaços trazia se mostrou um sério desafio para os movimentos (DAGNINO; TATAGIBA, 2011, p. 4).

Nesse contexto, foi possível verificar uma organização por parte dos movimentos sociais em prol de sua introdução na atuação governamental, não apenas através dos espaços institucionais de participação, criados por meio da Constituição de 1988, mas mediante inserção no ambiente político, com o surgimento, inclusive, de partidos representantes das classes trabalhadoras após a redemocratização. O objetivo maior seria a possibilidade de ascensão ao poder, por vias eleitorais, de representantes dos interesses das classes trabalhadoras, rompendo com o tradicional estilo político de alternância das elites. A redemocratização das instâncias governamentais e a abertura de canais de participação popular seriam para esse novo contexto político as possibilidades reais de mudanças na relação Estado e sociedade (FELTRAN, 2007).

Tornar viável o processo de decisão não é tarefa fácil. Primeiro pelo fato de não se conseguir estabelecer uma agenda que contemple todas as demandas, e de não se vislumbrar um mecanismo que possibilite a todos de igual maneira serem consultados acerca das prioridades a serem elencadas. A desigualdade econômica, política e cultural dos participantes traz à tona a cruel realidade de exclusão dos que não possuem mínimas condições de acompanhar, compreender e tomar parte no processo decisório. Com relação a essa busca de saídas, Teixeira (2001, p. 36) afirma:

> Tudo isso leva a questionar-se a dimensão decisória da participação, mas, ao mesmo tempo, constitui um desafio para a busca de mecanismos que a administrem, combinando a participação, que explicita as diferenças, as identidades e aspirações dos diferentes grupos sociais, com a representação, que busca traduzir a generalidade, a universalidade da cidadania. Se se vislumbra como fundamental a participação dos vários segmentos sociais no processo de tomada de decisão sob várias formas (debate público, proposição, consulta, pressão etc.), tampouco se pode minimizar a responsabilização dos que recebem mandatos para decidir.

Ainda que não seja possível vislumbrar a participação do cidadão em todas as etapas do processo decisório — quais sejam: tematização dos problemas, construção de parâmetros para nortear as ações e criação de alternativas, escolha da melhor solução, implementação e acompanhamento — é importante priorizar os momentos indispensáveis a essa participação. Cabe ao Estado, através de seus agentes, a participação ampla e irrestrita no processo decisório, porém, este não substitui a sociedade civil especialmente no debate público, na deliberação das políticas sociais primordiais, nem na fiscalização de sua execução (TEIXEIRA, 2001).

Essa fiscalização é chamada por alguns de *accountability*, ou seja, a obrigação de os agentes políticos prestarem contas de seus atos e decisões, bem como do direito de o cidadão exigir e avaliá-los, com a correspondente responsabilização dos que tomam as decisões. O que trataremos de modo mais aprofundado no próximo capítulo.

É importante trazer à baila outra nuance da participação e que se revela nas diversas manifestações de cunho coletivo ocorridas na última década. Estas se distanciam das discussões diretamente eleitorais e representativas e se aproximam de questões mais voltadas para as consequências da lógica comportamental, qual seja, defesa do meio ambiente, de um patrimônio cultural, de um parque em face de seu remanejamento e destruição, entre outros. Para Teixeira (2001, p. 40), "verifica-se um forte componente expressivo, cuja lógica, de solidariedade e integração, distingue-se da lógica eleitoral, competitiva, de acumulação e apropriação privada no campo econômico".

Trata-se de uma forma de participação que exala a expressividade e a simbologia em suas manifestações, não focando suas ações para o processo decisório em si, apesar de trazer, para este, consequências e desdobramentos, tendo em vista que suas reivindicações se dirigem ao Estado de modo geral. O fato é que o espaço público onde ocorrem as manifestações e evidenciam os mais

variados atores torna-se palco das reivindicações e dão notoriedade aos temas discutidos (ARENDT, 1981).

A simbologia dessas manifestações, reside nas identidades expostas, nos grupos organizados em torno de demandas específicas e que representam seus sentimentos e desejos. A maneira que esses grupos encontram para se expressar, como, por exemplo, greve de fome, ocupação de espaços institucionais (reitorias, escolas, câmaras legislativas etc.) trazem para o centro suas reivindicações e dão notoriedade aos temas, fruto de suas manifestações (COSTA, 1997).

Nesse sentido, as ações identificam grupos, produzem símbolos, e estes possibilitam o agregar de um número cada vez maior de seguidores ou participantes, que se reconhecem e se solidarizam, comunicando-se através dessa simbologia e ampliando o poder de suas reivindicações (COSTA, 1997).

São situações reais, fruto de necessidades também reais e que precisam de visibilidade para compor os espaços públicos institucionais de discussão, passando em seguida a compor a agenda pública e transformarem-se em políticas públicas. Assim, nas palavras de Teixeira (2001, p. 41):

> A dimensão simbólico-expressiva da participação, nem sempre considerada por aqueles atores sociais envolvidos em ações micro, passa a exercer um papel importante para produzir impactos. Constitui-se ainda em elemento significativo de identidade, pelo qual as especificidades e diferenças dos grupos sociais se tornam visíveis e reconhecidas para o conjunto da sociedade.

É fato que tanto a dimensão de controle social dos atos de gestão pública quanto a simbólico-expressiva da participação, ainda que tidas como recentes e descentralizadas da dimensão decisória, estão cada vez mais no cerne da discussão acerca da compreensão da relação sociedade civil e Estado no processo democrático.

Defendemos que a participação cidadã não deve substituir o papel do Estado no que diz respeito à sua função decisória na democracia. O processo eleitoral legitima os representantes políticos

a exercerem suas funções legislativas e executivas, cabendo ao cidadão nesse momento referendar tal processo através de suas escolhas. Para além desse momento a participação se realiza quando, mediante o debate público se constroem alternativas às decisões tomadas pelos gestores, bem como se fiscaliza e controla as decisões postas em prática mediante os atos de gestão. Assim seria possível equalizar as duas bases do processo democrático, quais sejam: a participação e a representação.

Segundo Tatagiba e Teixeira (2006), a ampliação dos mecanismos, principalmente institucionais, de participação foi um dos elementos mais enfáticos na construção das relações democráticas na América Latina ao longo dos anos 1990. Outra forte tendência a ser destacada seria o fortalecimento das bases locais de deliberação mediante a descentralização administrativa, delegando aos municípios mais responsabilidades. Variados estudos apontam para o potencial destes inúmeros mecanismos existentes em nível municipal e estadual de participação, quais sejam, os conselhos, orçamentos participativos, fóruns e audiências públicas, que possibilitariam, entre outras coisas, uma aproximação entre os interesses das comunidades e do governo, e gerariam uma variedade e complexidade quanto à formulação das políticas públicas na região, possibilitando a renovação constante das relações democráticas entre Estado e sociedade civil (TATAGIBA; TEIXEIRA, 2006).

Se faz interessante, mais uma vez, observar que nesse mesmo período convergiam à implementação dessa arquitetura participativa contemporânea e à introdução dos preceitos neoliberais de cortes de investimentos na área social e de desconfiguração da própria noção de direito, coração do ideário participativo até então desejado (DAGNINO, 1999).

Diante deste contexto participativo, referendado pela Constituição Federal de 1988, no qual os espaços criados para a reivindicação, deliberação e fiscalização das políticas públicas se apresentam como locais apropriados para a sedimentação da

democracia, torna-se útil compreender como a sociedade civil vem atuando para o fortalecimento dos elementos essenciais do processo democrático, por exemplo, a participação e a representação, frente às constantes interferências neoliberais em sua relação com o Estado.

Reforçando as análises aqui postas: a Constituição de 1988 referendou a participação da sociedade civil por meio da criação de espaços públicos e não tão somente das eleições. Trata-se da existência normativa de uma espécie de participação paritária entre o Estado e a sociedade civil (DAGNINO; TATAGIBA, 2011).

> As inflexões nas formas de atuação dos movimentos sociais, expressa na sua chamada "inserção institucional" e as novas relações que se estabelecem entre eles e o Estado nos seus distintos níveis, exigiu a adoção de novas formas de atuação que, por sua vez, implicaram num difícil processo de aprendizado. O trânsito que enfatizava fortemente, de um lado, a dimensão reivindicatória e as estratégias de ação a ela adequadas e, de outro, a mobilização e organização do movimento, para as novas exigências que a participação nos novos espaços trazia, se mostrou um sério desafio para os movimentos (TATAGIBA; DAGNINO, 2011, p. 4).

Portanto, desde então há o enaltecimento do papel da sociedade civil na participação e controle dos atos de gestão nas diversas esferas e instâncias governamentais. Não se trata da substituição das instituições da democracia representativa, mas de sua complementação, promovendo um novo comportamento no qual a representação é fortalecida, e ao mesmo tempo tensionada pelos instrumentos de participação cidadã (TATAGIBA; TEIXEIRA, 2006).

No entanto, segundo Tatagiba e Teixeira (2006, p. 5), o contexto do restabelecimento dos elementos democráticos na condução da gestão pública no Brasil, mesmo contando com inúmeros espaços públicos propícios à participação e ao controle social, "não arquitetou institucionalmente alternativas à reforma do Estado, não os incluiu como elementos de uma renovada arquitetura

institucional capaz de oferecer caminhos novos e alternativos à reforma do Estado e de garantia de governabilidade".

Ainda que existam diversos espaços que serviriam para fortalecer a relação entre o Estado e a sociedade civil em seus aspectos democráticos, legitimando a participação e relevando sua utilização na gestão pública, segundo os autores supracitados:

> A impressão é que a riqueza das experiências participativas no Brasil, mundialmente reconhecidas, "correm por fora", ficam na periferia do sistema, afetando pontualmente uma ou outra política setorial, a depender da vontade política dos governos/ou do poder de pressão da sociedade organizada. Elas parecem não induzir ou resultar de uma estratégia mais profunda de articulação entre representação e participação, nos modelos atualmente disponíveis que orientam os processos concretos de reconfiguração (TATAGIBA; TEIXEIRA, 2006, p. 5)

Observa-se que a questão central está na dificuldade de compreender que tipo de participação foi sendo moldada no contexto brasileiro, pós-Constituição de 1988, diante das relações existentes entre Estado e sociedade civil na condução da gestão pública.

Considerações finais

A criação de espaços públicos de participação, com fins de ampliar a representação e integrar a sociedade civil à cena pública, ocorreu especialmente sob o ponto de vista normativo, sobretudo pós-Constituição de 1988. Tendo-se por base o que já foi dito, há um rol de previsões e dispositivos constitucionais que não apenas permite essa participação, mas sim a coloca como peça-chave na formação de um ambiente democrático de fato, o que foi sendo implementado nas últimas duas décadas de forma mais incisiva através dos Conselhos nacionais, conferências, fóruns e audiências públicas.

O pluralismo de interesses e de grupos componentes dessa sociedade trouxe para a cena pública uma nova visão da relação Estado/sociedade civil. Configura-se uma heterogeneidade de interesses, de ideias e de disputa por poder. Se faz necessário, pois, compreender que, diante de muitas variáveis, esses espaços têm sido utilizados por distintos sujeitos políticos que buscam posição e reconhecimento, no que diz respeito a seu papel de agente construtor de direitos, e fiscalizador da gestão pública. Nem sempre a existência desses espaços, por si só, significa a consagração de uma relação democrática entre Estado e sociedade civil.

Há de se aperfeiçoarem os espaços de participação sem dotá-los de virtuosidade excessiva como solução para todos os males democráticos. A busca seria por romper os obstáculos relacionados a dar àqueles a instrumentalidade necessária para tornar viável a construção de uma real relação democrática entre sociedade civil e Estado.

O cenário político mencionado impõe o desafio de construir uma arquitetura institucional em que o sistema representativo seja fortalecido e constantemente tensionado pelos mecanismos de participação, mas direta da sociedade civil, na busca de seus interesses e objetivos quanto à política desenhada. Trata-se de uma constante reconstrução do cenário político e gestacional do próprio Estado, que se compõe e recompõe mediante o jogo de forças dos diversos interesses na sociedade representados.

O Brasil, apesar de possuir um conjunto exemplar de mecanismos participacionistas, considerados elementos essenciais no processo de descentralização das políticas, e de sua aproximação do seu público-alvo, qual seja, a sociedade, estes não se integram à própria estrutura estatal. Ou seja, são criados pelo Estado e seguem procedimentos inerentes a cada espaço no qual serão utilizados, o que dificulta à sociedade conseguir adentrar e colaborar com uma efetiva atuação democrático-participativa (DURIGUETTO, 2007).

Diante da institucionalização dos mecanismos de controle social, o desafio consiste em compreendê-los para além de sua

existência, verificando a fundo até que ponto estes seriam mecanismos efetivos de participação no controle social, ou se seriam apenas instrumentos de consentimento da sociedade civil para as decisões estatais (BRAVO; CORREIA, 2012).

Referências

ARRETCHE, M. Tendências no estudo sobre avaliação. In: E. M. Rico (Ed.). *Avaliação de políticas sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 29-39.

AVRITZER, L.; COSTA, S. *Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina*. Dados [on-line]. 2004, v. 47, n. 4 [cited 2017/06/01], p.703-728. Availablefrom: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582004000400003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0011-5258. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582004000400003>. Acesso em: 21 abr. 2016.

AVRITZER, L. Além da dicotomia Estado/Mercado - Habermas, Cohen e Arato. *Revista Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, n. 36, p. 213-222, jul. 1993.

_____. *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Teoria democrática, esfera pública e participação local. Sociologias - *Revista de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS*, Porto Alegre, ano 1, n. 2, jul. 1999.

_____. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100002>. Acesso em: 7 jun. 2016.

_____ (Org.). Sociedade Civil e participação no Brasil democrático. In: *Democracia participativa: experiências nacionais de participação social*. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. Sociedade Civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. *Revista Opinião Pública*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, nov. 2012.

_____. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: PIRES, R. R. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011, v. 7.

BRASIL. *Secretaria Geral da Presidência da República*. Democracia participativa: nova relação do Estado com a sociedade - 2003-2010. 2. ed. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/noticias/Publi/democracia-participativa>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização de Alexandre de Moraes. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, S. Categoria analítica ou passe-partout político-normativo. Notas bibliográficas sobre o conceito de sociedade civil. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais-BIB*. Rio de Janeiro, ANPOCS, n. 43, 1º semestre, 1997.

DAGNINO, E. et al. *Os movimentos sociais e a construção democrática: sociedade civil, esfera pública e gestão participativa*. Campinas: IFICH/UNICAMP (dossiê do Grupo de Estudos sobre a Construção Democrática), 1999.

DAGNINO, E. (Org.). *Anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DAGNINO, E.; OLVERA, A.; PANFICHI, A. (Org.). *A disputa pela construção democrática na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra; Campinas, SP: Unicamp, 2006.

DAGNINO, E.; TATAGIBA, L. Movimentos sociais e participação institucional: repertórios de ação coletiva e dinâmicas culturais na difícil construção da democracia brasileira. *Revue Internationale de Politique Comparee-Reportoires d'action Collective em Amerique Latine*, 2011.

GOHN, M. da G. *Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2003.

NOGUEIRA, M. A. *Um estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática*. São Paulo: Cortez, 2011.

PAOLI, M. C.; TELLES, V. da S. *Direitos sociais: afinal, do que se trata?* Belo Horizonte: UFMG, 1999.

PORTELLA FILHO, P. (1994). O ajustamento na América Latina: crítica ao modelo de Washington. Lua Nova - *Revista de Cultura e Política,* (32), 101 132. https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000100007. Acesso em: 25 maio 2017.

TATAGIBA, L. Relação entre movimentos sociais e instituições políticas no cenário brasileiro recente. Reflexões em torno de uma agenda preliminar de pesquisa. In: Sonia E. Alvarez; Gianpaolo Baiocchi; Augustin Láo-Montes; Jeffrey W. *Rubin ad MillieThayer (eds) Interrogatingthe Civil Society Agenda Social Movements, Civil Society na Democratic Innovation*, 2009 (no prelo).

TATAGIBA, L.; TEIXEIRA, A. C. C. Democracia representativa: complementaridade ou combinação subordinada? Reflexões sobre instituições participativas e gestão pública na cidade de São Paulo (2000-2004). *XIX Concurso do CLAD sobre Reforma do Estado e Modernização da Administração Pública*, 2006.

TEIXEIRA, E. C. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

5

Acesso à justiça como princípio constitucional e como direito fundamental

Gillian Santana de Carvalho Mendes[1]
Ana Clara Ribeiro de Sousa Castro[2]

Introdução

Averigua-se no presente artigo o verdadeiro sentido do acesso à justiça como direito fundamental constitucional e como princípio constitucional processual. Far-se-á, inicialmente, um apanhado histórico, passando pelo direito fundamental do acesso à justiça, apresentando as principais crises que se afiguram no Poder Judiciário, para engaçar o direito de acesso à justiça.

Nos séculos XIX e XX, o povo brasileiro reivindicava do Estado a garantia de alguns direitos fundamentais, na medida em que, no Brasil, os direitos fundamentais dos seus cidadãos eram constantemente violados, inclusive, com respaldo constitucional. A Constituição de 1988, historicamente, trouxe muitos avanços em relação ao acesso democrático à justiça, consagrando direitos e estabelecendo mecanismos para sua garantia, como a consolidação das instituições democráticas, dentre elas, a Defensoria Pública, cujo

[1] Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB; Mestre em Direito Constitucional pela UFC; Professora da UESPI e do Centro Universitário UNINOVAFAPI; E-mail: gillian.santana@hotmail.com.

[2]Graduada em Direito pela UESPI; Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Aldemar Rosado; Advogada; E-mail: claracastro-pi@hotmail.com.

escopo é a materialização de preceitos constitucionais, em especial o do acesso à justiça.

A garantia do acesso à justiça, como se encontra insculpida na Constituição Federal (artigo 5º, LXXIV), reproduz um direito fundamental, cuja definição sofreu, ao longo do tempo, relevante transformação.

Durante os séculos XVIII e XIX, o papel das Constituições era, tão somente, obter do Estado um compromisso de respeito aos direitos do cidadão. Assim, o direito ao acesso à justiça era considerado somente um direito formal do cidadão; na medida em que o Estado era passivo e apenas aqueles que possuíam condições de arcar com os custos dos processos conseguiam ingressar em juízo, enquanto os que não possuíam recursos ficavam totalmente desamparados.

Contudo, quando a sociedade passou a apoiar o caráter mais coletivo das ações, em detrimento do individual, o acesso à justiça tomou uma dimensão mais ampla. O Estado passou a ser mais ativo, assegurando a todos os direitos essenciais básicos, inclusive o acesso à justiça, independente dos recursos financeiros dos indivíduos. As Constituições, começaram, timidamente, a proporcionar cidadania aos cidadãos ao contemplarem e garantirem direitos fundamentais.

Assim sendo, diante do exposto, o corrente estudo pretende, sob uma ótica constitucional, demonstrar e fundamentar a existência do direito de acesso à justiça, bem como as reais possibilidades da efetivação do referido direito, apresentando a previsão da formação de mecanismos para reconhecimento do direito de acesso à justiça que a Constituição Federal de 1988 trouxe como garantia à sua implantação.

Diante dos desafios da temática proposta, optou-se por uma metodologia de pesquisa bibliográfica com abordagem descritiva para relatar, analisar, interpretar e apresentar a efetivação ou não do direito fundamental de acesso à justiça, observando-o, também, como princípio constitucional.

1 Princípio constitucional do acesso à justiça

Sabe-se que os princípios são as verdadeiras diretrizes e limites para o legislador e julgador na elaboração de leis processuais e na sua interpretação. Para o elaborador constitucional, não é diferente, já que processo nos tempos atuais é uma forma de instrumentalização da ação, no exercício de direito. O legislador deve portar-se de rigorosa disciplina a fim de que o princípio do acesso à justiça não se desnature, prejudicando, dessa maneira, os direitos subjetivos que deve amparar.

A expressão "Acesso à Justiça" é objeto de inúmeras conceituações, porque, perfeitamente se encaixa no acesso aos aparelhos do Poder Judiciário e no acesso aos valores e direitos fundamentais dos indivíduos. Explicando: trata-se de um acesso à justiça que não se inicia e termina no judiciário, mais do que isto, representa o acesso a uma ordem jurídica justa, em todos os níveis e esferas do Poder.

Desde os primórdios, as organizações humanas tiveram como característica comum, independente de cultura, a existência de regras sociais de convivência. Não é demais lembrar, porém, que a institucionalização do exercício do poder, necessária para uma maior organização das sociedades, deu origem ao Estado, que também passou a exercer o controle das normas sociais e do órgão estatal sobre os indivíduos, destes entre si e sobre o primeiro, isto é, o próprio Estado. Do mesmo modo que o Estado, o Direito Processual e a Jurisdição surgem em resposta à necessidade de se definirem formas de resolução dos conflitos e quem seriam as autoridades responsáveis por oferecer soluções aos conflitos apresentados.

A jurisdição ficou na incumbência do Poder Judiciário, órgão estatal, e busca, em específico, garantir a execução dominante do Direito na sociedade, proporcionar a pacificação social e a educação, assegurar o soberano exercício dos direitos e atestar o poder do Estado e das instituições democráticas que o particularizam; é

poder-dever, uma vez que é inafastável. Dentro das incumbências severamente atribuídas ao Poder Judiciário pela separação dos três poderes, o ato jurisdicional há que realizar, com o intermédio que lhe é próprio, uma função social que leva em consideração os desejos da coletividade.

Quando são estabelecidas a ligação entre a estrutura do Estado e a sociedade política, bem como analisadas as repercussões dela provenientes com referência ao acesso à justiça, faz-se necessária a criação – ou correta utilização – de mecanismos eficazes de acesso ao poder judiciário (direitos de ações especificamente voltadas à concretização de fins), para que este, por meio do processo, proceda à resolução dos conflitos que não puderam ser solvidos na esfera privada. Com efeito, eis aí a crescente importância desses mecanismos no âmbito do Direito Processual, que se consubstanciam quando, por meio de uma visão instrumentalista do processo, criam, interpretam e aplicam normas para tornar efetivo o acesso à justiça e, na sua última forma, promover a justiça social.

A propósito, não se pode desconsiderar que o Poder Judiciário, principal porta de acesso à cidadania e justiça, enfrenta grave crise, o que torna custoso ao Estado proporcionar a efetivação do almejado princípio de acesso à justiça. Salienta-se que esse mesmo judiciário, por si só, não consegue promover com exclusividade o mencionado acesso, necessitando de participação de advogados dativos, e de órgãos estatais próprios, como as Defensorias Públicas.

E diante da crise que se instala frente ao Poder Judiciário (descrédito social, falta de verbas, morosidade, insegurança jurídica), a solução imediata tem sito a adoção de práticas alternativas para a solução de conflitos, como a conciliação determinada, mesmo ao alvedrio de uma das partes, no novo Código de Processo Civil.

Importante, também, analisar aqui a origem da justiça no Brasil, para bem compreender por que uma significativa parcela da população não tem acesso a uma ordem jurídica justa. Com efeito, o Poder Judiciário, tal como hoje se apresenta, é resultado dos

movimentos liberais burgueses europeus do século XVIII, e marcados pelo liberalismo. Esse liberalismo, em que há predominância do individualismo, é ainda caracterizado pela presença do Estado soberano, detentor de todo o Poder Político. Como se não bastasse, há outros fatores que se configuram como entraves ao acesso à justiça, tais como a carência de recursos financeiros da maior parte da população; o desconhecimento do cidadão de seus direitos básicos; a não utilização dos instrumentos processuais aptos a assegurar os direitos e garantias fundamentais; a legitimidade processual para agir; além da conhecida demora na prestação da tutela jurisdicional.

Cappelletti (2002, p. 09, 10), ao estudar as modificações sofridas no conceito de acesso à justiça destaca que as relevantes transformações são acompanhadas das mudanças no estudo do processo civil. O autor demonstra que nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX os procedimentos existentes para a solução dos conflitos civis eram reflexos da filosofia individualista dos direitos. Assim, aponta para o fato de ser o direito à proteção judicial dos direitos resumido à possibilidade de oferecer ou contestar uma ação. Nestes termos, prossegue afirmando que:

> A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua Preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática.

Quanto ao acesso efetivo ou inaptidão para utilizar a justiça, o Cappelletti (2002, p. 09 e10) ainda analisa:

> Afastar a "pobreza no sentido legal" – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no

> sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

E mais adiante assevera que:

> À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. (CAPPELLETTI, 2002, p.09 e 10)

Dessa maneira, é resgatada a função social do Estado, em especial no que tange à ordem jurídica, que passa a ser responsável por uma atuação ativa e protetiva, um modo de efetivar a igualdade não meramente formal. Nesse contexto, insere-se o papel do Poder Judiciário, qual seja: o da persecução da liberdade e igualdade também em âmbito material.

Nesse senso e sobre a questão do acesso à justiça, Souza Santos (2003, p, 177) leciona:

> A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política. Esta democratização tem duas vertentes. A primeira, diz

> respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do Acesso à Justiça. É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, geridos pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do Acesso à Justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais. Este serviço não deve se limitar a eliminar os obstáculos econômicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre seus direitos, sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e coletivas e através de ações educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas etc.

Assim, é mister destacar que a fundamental importância que se confere à legítima recepção do acesso à justiça deve refletir a noção de que absolutamente todos dele se sirvam. Se assim não for, se estará diante de uma promessa formal do Estado, não cumprida. E, para que se concretize essa legítima concepção, será necessária a atuação de todos os operadores jurídicos. É o que Cappelletti (2002, p. 12, 13) menciona:

> Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígio. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O

> "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Some-se ao exposto a questão de que a prestação jurisdicional, enquanto método de controle social por parte do Estado, não é mais suficiente para a resolução dos conflitos. Isso se reflete de maneira direta e negativa sobre as possíveis modalidades de melhorias das condições sociais, em especial a efetivação da democracia e o desenvolvimento econômico. Destarte, através da relação da atual forma de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos provenientes das demais ciências sociais podem ser nossos aliados na atual fase de extensa batalha histórica – a luta pelo Acesso à Justiça.

2 O acesso à justiça enquanto direito fundamental

A expressão "Acesso à Justiça" pode ser identificada como disposição indispensável de validade e eficiência de uma conjuntura jurídica que busca assegurar direitos. Com isto, fundamentado em circunstâncias igualitárias de direito e justiça, o referido instituto deve ser conceituado como o básico dos direitos fundamentais dos indivíduos. A ineficiência do Estado em buscar o ajustamento efetivo da parte marginalizada da sociedade tem-se revelado como um dos grandes óbices à concretização do compromisso de democracia. Outra questão importante é a exclusão econômica da qual sucede a supressão jurídica decorrente da inabilidade do Estado de possibilitar ao cidadão o acesso e a efetivação dos direitos humanos constitucionalmente garantidos.

Cappelletti (2002, p. 11, 12), coadunando-se com esse entendimento, leciona:

> A expressão "acesso à justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultado que seja individual e socialmente justo. [...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação.

Destarte, o acesso à justiça pode ser enfrentado como imposição fundamental – o mais elementar dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que busca assegurar, e não apenas promulgar os direitos de todos.

A propósito, a própria Constituição Federal de 1988 nomeia o acesso à justiça como um direito fundamental. Com isso, desde o momento em que o Estado passou a garantir justiça a todos, independentemente da conjuntura global, deve fazê-lo de forma imparcial, isto é, garanti-la integralmente a todos os que dela necessitam. E, como afirma Brandão (2006, p. 10):

> [...] não se pode esquecer, de outro lado, que o tema do acesso à justiça, por meio do Poder Judiciário, está ligado, umbilicalmente, à ideia de jurisdição. Assim, toda vez que o cidadão tem negada a jurisdição, terá negado, necessariamente, o direito fundamental do acesso à justiça [...].

Essa percepção aduz que o acesso à justiça abarca todos os setores do poder, de forma que a população possa exercer seus direitos frente a atividades do Estado. Assim, asseguram-se os princípios da democracia e do alicerce de um Estado estruturado sobre suas bases. Eis a nova alegação que propõe a compreensão do acesso à justiça como direito fundamental, isso porque – ao promover o mínimo existencial ao cidadão – efetiva-se, também, a dignidade da pessoa humana.

Carvalho Netto, em prefácio à obra de Cattoni (2006, p. 22), assim discorre:

> Sabemos hoje que uma Constituição não é constitucional se não for democrática; que a democracia só é democrática se observar os limites constitucionais e que o Estado só pode ser centro da esfera pública se não for privatizado pela administração, ou seja, se e quando efetivamente atua em defesa dos interesses do todo, na observância da Constituição [...], e não na defesa dos interesses de um determinado grupo. [...] Não há governo ou governabilidade sem respeito às diferenças. Aí há ditadura.

Bem por isso, o acesso à justiça é um direito fundamental constitucionalmente disposto, pois, não sendo assim, ao não viabilizar que toda a população conquistasse uma prestação jurisdicional correta de maneira igualitária, estar-se-ia colocando em xeque a própria constitucionalidade da Constituição. Por essa razão Cattoni (2006, p. 28) preconiza:

> [...] a todos devem ser assegurados oportunidades mínimas para alcançarem as condições materiais necessárias ao pleno exercício dos seus direitos constitucionais fundamentais de liberdade e igualdade; é precisamente porque já os reconhecemos como cidadãos iguais e livres, como membros da comunidade de princípios. Devem ser tratados, portanto, como cidadãos, desde o início, livres e iguais, titulares dos direitos fundamentais, tendo oportunidade de responder por suas opções e de com elas aprender.

A assistência jurídica gratuita é um mecanismo que oportuniza a efetivação do acesso à justiça em um de seus enfoques: o de possibilitar que o indivíduo hipossuficiente economicamente possa se apresentar em juízo da mesma maneira que os demais. Dessa maneira, a Constituição, consoante o que estabelece o seu art. 5º, consagra o acesso à justiça como direito fundamental e como ícone democrático.

Contudo, cabe uma importante advertência introduzida por Cappelletti (2002 p. 12, 13):

> O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

No aspecto formal, vê-se que o acesso à justiça está abrigado no ordenamento jurídico nacional, tanto em sede constitucional como infraconstitucional. A preocupação em abrigar o instituto do acesso à justiça decorre do reconhecimento da existência de um instrumento jurídico eficiente, bem como de mecanismos para a garantia dos mais diversos direitos, tanto individuais como coletivos. Não obstante o caráter de princípio constitucional e *status* de direito fundamental do acesso à justiça, por razões alheias à teoria jurídica, o referido instituto não se concretiza de maneira integral, eis que há uma série de barreiras, a impedir a concretização desse *mandamus* constitucional. Nesse sentido, Rodrigues (1994, p. 94) discorre:

> Em síntese, o que parece ficar efetivamente demonstrado é que o legislador brasileiro, através de sucessivas legislações elaboradas nos últimos anos, entre as quais se destaca a Constituição Federal de 1988, buscou instrumentalizar de forma extremamente atualizada o direito processual. Se muitos desses avanços não conseguem se materializar em termos de efetividade, é porque há outros problemas, de índole extraprocessual, a servir-lhes de barreira. [...] E essa é uma questão fundamentalmente política, não jurídica.

Por fim, ao defender a necessidade de uma adequação dos instrumentos processuais no sentido de conceder efetividade às ações constitucionais, Brandão (2001, p. 192) se depara com a questão do acesso à justiça e enfoca exatamente o que se vem afirmando. Nas palavras do autor: "há um equívoco nas seguintes

afirmações [...] há necessidade de instrumentos outros para a democratização do Poder Judiciário e para o acesso à justiça; [...]". Ou seja, existem instrumentos e institutos facilitadores do Acesso à Justiça que são formalmente eficientes, mas deixam a desejar no momento em que saem da esfera teórica e ingressam no mundo da efetivação prática.

3 A fundamentação constitucional do acesso à justiça

No entendimento clássico do ordenamento jurídico, a Constituição Federal encontra-se no topo do sistema normativo. Segundo Nalini (1997, p. 37), a Constituição:

> É o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infraconstitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e a norma inconstitucional.

O objetivo das primeiras Constituições era, apenas, tomar do Estado um comprometimento de respeito aos *direitos do cidadão*. Contudo, posteriormente, o que se buscou foi extrair daquele diversas prestações positivas, com o fim de propiciar à população meios para buscar a cidadania.

As Magnas Cartas, desse modo, passaram a observar a concretização dos direitos fundamentais. Hodiernamente, o *constitucionalismo* proclama a importância da efetividade de tais princípios.

A condecoração e a proteção dos chamados *direitos fundamentais do Homem* encontram-se no pilar das Constituições modernas e democráticas, buscando inserir-se dentro dos chamados *princípios constitucionais fundamentais*, sendo os princípios que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.

O acesso à justiça observou esse desenvolvimento – ajustou-se a uma formulação básica, como um direito natural, para progredir para um direito individual, ostentando uma feição social e política de importância e significação.

O *status* constitucional conferido ao direito de acesso à justiça é a percepção de sua importância para a sociedade, visto que a Constituição é a lei fundamental do Estado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que emana de um poder constituinte que a consagrou com a lei máxima, sendo que todas as demais devem respeitá-la acatando os limites que ela estabelece.

4 O direito de acesso à justiça na Constituição Federal de 1988

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 demonstrou a restauração da democracia como valor supremo e a escolha política do Estado Democrático de Direito; trazendo, ainda, a proteção dos direitos fundamentais como o centro de toda ordem jurídica.

A justiça, considerada, a partir daí, objetivo permanente do Estado brasileiro, passou a ser concebida como *norma princípio,* impondo a efetivação e a concretização do seu acesso como fim e tarefa do Estado. Passou, ainda, a autorizar que se tomem providências para esta concretização, vinculando o Legislador e o Poder Público. Também, gerou posições subjetivas (direitos individuais e coletivos) para a sua proteção e a interpretação do direito infraconstitucional consoante a norma constitucional, assim como serve de parâmetro para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

E para buscar a justiça, nada melhor do que o direito de ação, conforme estabelecido constitucionalmente. Filosoficamente, leciona Ihering (1998, p. 84): *"A essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada"*.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p. 254) acrescentam que:

> A doutrina dominante distingue a ação como direito ou poder constitucional – oriundo do *status civitatis* e consistindo na exigência da prestação do Estado – garantido a todos e de caráter extremamente genérico e abstrato, do direito de ação de natureza processual, o único a ter relevância no processo: o direito de ação de natureza constitucional seria o fundamento do direito de ação de natureza processual.

Doutrinariamente, a ação mostra-se como o direito autônomo de agir em face do Estado-juiz, pondo em movimento o aparelho judiciário com relação à determinada situação jurídica concreta.

Com isso, o direito de ação, como direito subjetivo público de se buscar a tutela jurisdicional do Estado, é visto como um direito *cívico e abstrato*, que operacionaliza e dá início à função jurisdicional, convertendo-se no principal instrumento de positivação do ordenamento jurídico.

O direito que se exerce contra o Estado, ao se pleitear a tutela jurisdicional para um caso específico, é imediatamente aproveitado pelo requerente da tutela, mas mediatamente dirigido a toda sociedade, pois por meio dele se está afirmando a própria ordem jurídica nacional, efetivando-a.

Assim sendo, se por um lado o direito de ação é a forma imediata de consecução de um direito lesado ou em vias de lesão, é, por outro, forma mediata de afirmação da ordem jurídica, para toda a coletividade.

Nessa concepção, a movimentação do Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional, coloca o direito fundamental à ação como a faculdade de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória e justa.

Para Theodoro Júnior (1996, v. 3, p. 15), "há, materialmente, o direito à tutela jurídica estatal e, formalmente, o direito ao processo, como via de acesso à citada tutela".

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, estatui: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

a direito". Esta é, dentre as normas constitucionais, a que mais diretamente consagra o acesso à justiça: garante a todos os cidadãos direito de ação, com a possibilidade de socorrer-se das vias judiciais. É o principal garantidor do acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito.

Ao reconhecer o direito de acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 trouxe, ainda, a previsão da formação de mecanismos próprios e que sejam capazes da garanti-los. Nesse sentido, podemos destacar:

a) consagração do princípio da igualdade material como objetivo fundamental da República, tendo como meta a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais" (art. 3º, CF);
b) o alargamento do direito à assistência judiciária aos necessitados, que passa a ser integral (art. 5º, LXXIV, CF), compreendendo: informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial;
c) previsão para a criação de Juizados especiais destinados ao julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e penais de menor poder ofensivo, com ênfase na informalidade do procedimento e a participação popular através do incentivo à conciliação, e a participação de juízes leigos (art. 98, I, CF);
d) previsão para a criação de uma justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos, com mandato de quatro anos, com competência para o processo de habilitação e a celebração de casamentos, para atividades conciliatórias e outras previstas em lei (art. 98, II, CF);
e) tratamento constitucional da ação civil pública (art. 129, III, CF), como instrumento hábil para a defesa de todo e qualquer direito difuso e coletivo;
f) criação de novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos: mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX,

CF) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), bem como a outorga de legitimidade para os sindicatos (art. 8º, III) e para as entidades associativas (art. 5º, XXI, CF) defenderem os direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados;

g) reestruturação e fortalecimento do Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe: atribuições para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e sociais (arts. 127, *caput*, e 129, CF);

h) elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com incumbência à orientação jurídica e à defesa dos necessitados, devendo ser organizada em todos os estados, no distrito federal, territórios e, também, no âmbito da própria União (art. 134 e parágrafo único, CF).

5 Eficácia e aplicabilidade do acesso à justiça na constituição brasileira

Quando o Estado legisla, ele o faz no sentido de fixar normas que permitam a existência e o desenvolvimento da sociedade.

Conforme Azevedo (1998, p. 125), "a elaboração das normas jurídicas responde a estímulos sociais, envolvendo luta de interesses, confronto de opiniões, contraposições de classes, grupos, maiorias e minorias, em dinâmica e sempre cambiante mutação".

Todavia, o autor conclui que basta uma investigação sociológica e um simples acompanhamento dos trabalhos legislativos para se verificar que a lei não pode ser cultuada como exteriorização da *vontade geral.* Para ele, existe hoje um crescente desajuste entre o quadro social e o sistema normativo, mais aparente nos países de periferia capitalista.

Para tornar concretas as expectativas de direito emanadas das normas jurídicas interligam-se, necessariamente, o comportamento social e o substrato sócio-econômico-político do país.

Assim, a disponibilidade, refletida na necessidade de provocação do Estado-juiz para a oferta da prestação jurisdicional, em muitos casos, é antecedida pelos obstáculos materiais e formais que se antepõem a um desimpedido acesso à justiça.

A conjuntura brasileira contemporânea apresenta fatores econômicos, políticos, sociais e culturais que se refletem – direta e indiretamente – na atuação do judiciário, evidenciando limites resultantes da distância existente entre o enunciado normativo e o problema concreto. Isso configura, diversas vezes, uma garantia formal de direitos sem possibilidade material para a busca da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a ação transcende a visão puramente introspectiva de mero instrumento técnico predisposto à consumação do direito material, e passa a ser examinada como a resultante jurídica das forças político-sociais existentes.

Daí o processo não ser apenas um instrumento meramente técnico, mas sim um instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades.

Teoricamente, efetividade e falta de efetividade de uma norma jurídica correspondem a pontos extremos. Entretanto, a realidade sugere situações intermediárias.

A rigor, mesmo uma norma descumprida apresenta paradoxalmente um mínimo de efetividade. Trata-se num certo sentido de uma efetividade remanescente, residual.

Todavia, a questão da eficácia e da aplicabilidade da norma deve considerar, necessariamente, uma série de aspectos que transcende essa visão estritamente jurídica: liga-se à problemática de sua efetividade e eficácia social que representa as aspirações de vivência das leis – um fenômeno sociológico, não jurídico.

Destarte, empiricamente, é inútil uma garantia formal de direitos se inexiste possibilidade material para seu alcance.

Em conformidade com a melhor doutrina, a norma jurídica pode ser visualizada em planos distintos, embora complementares. Primeiro, a *eficácia*, como a idoneidade da norma jurídica para provocar as reações por ela prescritas – passando, necessariamente pela *validade* e *vigência*, que são, respectivamente, a relação de pertinência da proposição jurídica com o sistema; e a característica de obrigatoriedade da observância de uma determinada norma, qualidade esta que permite a incidência da norma no meio social.

Considerações finais

A partir da análise do princípio do Acesso à Justiça, procurou-se evidenciá-lo não só como princípio, mas, também, como direito fundamental, capaz de consolidar a democracia no Brasil, na medida em que se trata de direito fundamental de inquestionável relevância no sistema constitucional vigente.

Deste modo, o acesso à justiça foi abordado com o princípio legitimado na Constituição brasileira de 1988 e como direito fundamental, sem desprezar a relação com o direito de ação para, ao final, apontar os obstáculos que se impõem à sua efetivação na órbita nacional, dentre eles a necessária instrumentalização do acesso à justiça, com inserção de políticas públicas destinadas a diminuírem as desigualdades sociais e econômicas.

O acesso à justiça deve ser buscado por todos, não é uma simples discricionariedade estatal, é, antes de tudo, um direito fundamental imperativo para diminuir a desigualdade material, pois não há como imaginar a existência de uma igualdade material sem que a igualdade processual seja possibilitada.

Constatou-se que o compromisso constitucional para com o cidadão necessitado ou hipossuficiente deva ser entendido mediante oferta qualitativa de assistência jurídica gratuita; contudo, há carência de defensores, falta de estrutura no Poder Judiciário, falta de informação à sociedade acerca dos seus diretos, o que resulta na precarização do princípio e direito fundamental do acesso à justiça.

Sugere-se que sejam tomadas medidas por parte do Poder Público, necessárias ao cumprimento da legislação constitucional e infraconstitucional como: desburocratização, capacitação e valorização dos servidores públicos, implementação de medidas destinadas a descongestionar os tribunais de ações judiciais repetitivas e de resultado conhecido, bem como incentivo de iniciativas de intermediação de conflitos sem a necessidade de ações judiciais, o fortalecimento da Defensoria Pública, a padronização de procedimentos mais racionais e a implementação de métodos modernos de gestão.

Referências

ABREU, Paulo. *Da Gratuidade da Justiça no Novo CPC e o Papel do Judiciário*. Disponível em: <http://pauloabreu14.jusbrasil.com.br/artigos/244912627/da-gratuidade-da-justica-no-novo-cpc-e-o-papel-do-judiciario>. Acesso em 15/06/2016.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Aplicação do Direito e Contexto Social. 2 ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1998.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado de lide, direito à prova e Acesso à justiça. *In*: ROSA, Alexandre de Moraes da (Org.). *Para um direito democrático: Diálogos sobre paradoxos*. São José: Conceito, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 2015.

BUERGUENTHAL, Thomas. *International human rights in a nutshell*. Londres: West Publishing, 1988.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 3. ed. Chapecó: Argos, 2006.

CATTONI, Marcelo. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAPPELLETI, Mauro; CARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FONTAINHA, Fernando de Castro. *Acesso à justiça: Da Contribuição de Mauro Cappelletti à Realidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Assistência Jurídica Pública: direitos humanos e sociais*. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. José Cretella Jr. e Agnes Cretella (Trad.). 1 ed. 2 t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. 2ª. ed. Curitiba, Juruá, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Luís Carlos Borges (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KROHLING, Aloísio. *Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia*. São Paulo: Paulus, 2009.

LEI COMPLEMENTAR, nº 132/2009. *Lei Orgânica da Defensoria Pública. Brasília, DF*, Senado, 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15.ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodvim, 2011.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NALINI, José Renato. A formação do juiz latino-americano. In: LEX – *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: LEX, ano 19, n. 228, dez. 1997.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

PIMENTA, Marília Gonçalves. Direito penal, direitos humanos e defensoria pública: um encontro importante. *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, v. I.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica*. São Paulo: Método, 2003.

THEODORO JR., Humberto. *Ensaios Jurídicos: o direito em revista*. V. 3. Coord.: Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Inst. Bras. Atualização Jurídica - IBAJ, 19

6

Proteção ao consumidor: analise econômica do direito de arrependimento como medida eficaz para redução do superendividamento do individuo na sociedade

Maria Laura Lopes Nunes[1]

Introdução

O crédito tomou um importante papel na sociedade atual de consumo, já que sua ausência pode inviabilizar o adimplemento das obrigações dos consumidores, vez que muitas pessoas se endividam para pagar despesas mensais correntes. Assim, o endividamento provocado pela ampliação e concessão de crédito é um fenômeno inerente as sociedades de massa. O crédito e o endividamento dos consumidores devem ser abordados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo

O endividamento dos consumidores de crédito é acentuado sobremaneira, de modo a evoluir para um fenômeno social crônico, conhecido como superendividamento, que assola muitas sociedades de consumo em massa.

O fenômeno do superendividamento está diretamente relacionado a história do crédito ao consumidor para pessoa física.

[1] Doutora em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito (UCB), professor Adjunta da Universidade Estadual do Piauí, Advogada, OAB-PI. E-mail: malau_lopes@yahoo.com.br

Até, recentemente, no Brasil as pessoas não tinham amplo acesso ao crédito. Empréstimos ao consumo eram vistos com desconfiança, e as pessoas tomavam dinheiro emprestados para a aquisição pagar despesas médicas e de educação que não eram subsidiadas pelo governo.(BIJUS, 2010)

No entanto, atualmente, com o acesso ao crédito fácil, as pessoas passaram a consumir bens e serviços para uso pessoal, ou para expandir negócios, dando um salto qualitativo em sua condição de vida.

A democratização do crédito veio acompanhado do aumento do superendividamento dos consumidores.

No Brasil não legislação que regulamente o tema, desta forma, passa-se ao estudo da legislação francesa, que apresenta um sistema administrativo e judicial como forma de proteger, não só o consumidor, mas também o credor.

Na França se contempla a tutela legal do fenômeno do excesso de dividas dos consumidores, com sistema maduro de falência, o que será abordado no presente trabalho.

A primeira parte do trabalho objetiva ilustrar em linhas gerais a comparação sobre a origem e a forma de regulamentação deste fenômeno mundial gerador de exclusão social característico da sociedade de consumo, tendo como base de estudo a legislação francesa. A partir desse estudo, passar-se-á a examinar o direito de arrependimento, para posteriormente, analisar-se-á tal fenômeno com base no Teorema de Coase e a teoria da seleção adversa.

A metodologia aplicada será a pesquisa de dados bibliográficos, com preponderância em referências qualitativas.

Dessa forma, o presente estudo não intenta esgotar o estudo das normas de proteção ao crédito no Código de Consumo Francês, mas consiste numa análise das medidas propostas na legislação em apreço.

1 Consumidor superendividado

No Brasil, a discussão do tema, superendividamento do consumidor, ainda restringe-se ao âmbito doutrinário, não há regulamentação que estabeleça um sistema de tratamento. Por isso, nacionalmente, baseia-se na lei francesa até mesmo para nomear o instituto, pois o termo superendividamento vem da tradução do neologismo surendettement , traduzindo-se sur, que vem do latim e tem o significado de "super" (COSTA, 2006).

O superendividamento das pessoas físicas, de acordo com o art. L.330-1 do Código de Consumo Francês, é caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de pagar o conjunto das suas dívidas não profissionais exigíveis e vincedas.

Quando da definição, não há quantia que defina o valor mínimo do débito a partir do qual se pode, o consumidor, ser considerado superendividado, pois se dá por meio da comparação entre o ativo e passivo do individuo e sua família. Bem como, também não há perfil definido, sexo, idade ou profissão.(COSTA, 2002)

A simples falta de liquidez passageira não é suficiente para caracterizar a situação de superendividamento.(COSTA, 2002). Desta forma, não se confunde a noção de insolvência temporária, com o superendividado, posto que este, encontra-se impossibilitado de forma duradora ou estrutural, de proceder o pagamento das dividas.

O superendividamento é, portanto, um fenômeno duradouro que pode atingir um empresário ou um assalariado independentemente do rendimento ou da profissão que exercem. (LIMA, 2014)

Há mais uma possibilidade de definição do surperendividamento e mais de um critério que permite a sua identificação. Tais critérios se deram num estudo desenvolvido na União Europeia que identificou três possibilidades de definição que permitem verificar e comparar o superendivimento em diferentes países.

Conforme classificação da professora Maria Manuel Leitão Marques(MARQUES, 2000), baseada na jurisprudência francesa, que por sua vez, fundou-se nos preparatórios da Lei Neiertz, distingue dois tipos de superendividado, o ativo e passivo.

O passivo seria uma espécie de consumidores que não contribuíram ativamente para o surgimento da divida, a crise deu-se em razão de circunstancia imprevistas, ou seja, é aquele provocado por um imprevisto da vida moderna, ou seja, a dívida proveniente do desemprego, da doença que acomete uma pessoa da família, pela separação do casal, entre outros, ou seja, superendividado passivo é aquele que não atua para colocar-se na situação de endividado, vindo a ocupar tal posição em virtude de agentes e circunstâncias externas alheios à sua vontade. (MARQUES, 2000)

Já o ativo, são os consumidores que não souberam calcular o impacto da divida no seu orçamento é aquele que é fruto de uma acumulação inconsiderada de dívidas, desde que de boa fé, conhecido também como endividamento compulsório. Assim, o superendividado ativo é o consumidor que age ativamente para o acúmulo das dívidas, pois gasta mais do que ganha atuando positivamente, mesmo que de boa-fé, para se colocar na posição de endividado. (MARQUES, 2000)

Segundo Johanna Niemi-Kiesilaninem, o superendividamento só existe quando crédito é usado pelos consumidores, defende que a principal razão para superendividamento a existência do crédito.

Visão diferente, decorre na teoria proposta por Thomas Jackson, que determina a existência de causas cognitiva e volitivas para o superendividamento do consumidor. (JACKSON, 1986)

Segundo a teoria volitiva denominada “controle de impulso”, os consumidores tem a tendência de consumir impulsivamente sem um planejamento racional de seu futuro. Quando confrontados com a opção entre consumir hoje e economizar para o futuro, os devedores que não controlam o orçamento, preferem a primeira opção.(JACKSON, 1986)

Ainda para esse estudioso, se os indivíduos desenfreados, em geral, optam por consumir hoje, em vez de guardar para amanhã, e se essa tendência decorre por impulso, eles podem, dada a chance, optar pela forma de eliminar ou pelo menos restringir essa escolha com antecedência. Se as pessoas não podem controlar o impulso si mesmos, eles podem querer a ajuda de uma regra imposta socialmente, que vai simplesmente fazer cumprir as decisões hipotéticas de seus eus totalmente racionais(JACKSON, 1986).

Mais especificamente, defende o autor que uma norma jurídica ao desestimular a concessão de crédito pode ser a melhor forma de ajudar as pessoas no controle de decisões de crédito impulsivos, ou seja, nessa caso propõe o autor uma penalização ao credor, e não ao devedor como determina em algumas situação o Código de Consumo Francês.

A forma de tratamento do superendividado no mundo é analisado em duas categorias: o modelo europeu continental da reeducação, de índole católica, ou o modelo anglo-saxão da fresh start, de raiz protestante.

O modelo europeu descreve os consumidores como pessoas responsáveis por seus atos como agentes econômicos. Para esse modelo, os consumidores deverão honrar com os seus compromissos ainda que tenha se sobrecarregado de dividas em decorrência dos apelos publicitários e do fácil acesso ao crédito.

A impossibilidade de cumprir seus compromissos é frequentemente analisada como um fracasso pessoal. A cultura desses países não admite a desresponsabilização. Acabam por exigir do devedor que pague a totalidade ou grande parte dos débitos as custas de seu patrimônio e seus rendimentos futuros. Tal tratamento decorre do plano promovido por meio de negociação ou imposição, que apareça, de regra, em caso de insucesso da mediação.(MARQUES, 2007).

Já o modelo anglo-saxão liga-se a idéia de recomeço, a expressão *fresh start*, indica uma nova oportunidade. Entende que o superendividamento como conseqüência da economia de mercado

e que ao usar o credito, corre um risco natural, próprio da expansão do mercado e calculado pelos credores, não pode ser punido com a exclusão social. Uma espécie de responsabilidade limitada para as pessoas físicas.

Por esse sistema, o consumidor pagaria as dividas possíveis e perdoando as excedentes, feito isso o consumidor poderá recomeçar a sua vida econômica, inclusive o acesso ao crédito, sem qualquer retenção de seus rendimentos futuros. O que de forma clara, causa prejuízos aos credores.

Na França, primeira legislação francesa ao tratar do tema de superendividamento foi 1989, com a Lei Neiertz, que previu um sistema divido em duas fases em que a primeira era amigável e a segunda visava restabelecer a vida financeira do superendividado.

Inicialmente, tal legislação incubia-se de renegociar as dividas pendentes. Com o passar do tempo, promoveu acréscimo no texto, passou a adotar a extinção de parcelas e a redução de dividas não quitadas ao final dos planos de pagamento. A partir de 1993 com a Lei 93.949 de 16 de julho, o procedimento passou a fazer parte do Código de Consumo Francês por meio dos arts. L-330-1 a L.333-8(JOBIM, 2013).

Assim, discorre-se sobre o procedimento, em que no se artigo L.330-1 "*del Code de la Consommation*", se entende por superendividamento a situação dos consumidores de boa-fé que estão impossibilitados de honrar suas dívidas, não profissionais, exigíveis ou vencidas, assim como, aos compromissos de garantir ou satisfazer solidariamente a dívida de um empresário individual ou de uma sociedade, desde que não tenha sido, de direito ou de fato, dirigente desta. (JOBIM, 2013)

Em linhas gerais, a Lei determina que para ter o acesso ao procedimento, necessário que seja uma pessoa física, de boa-fé, que esteja em situação de impossibilidade manifesta de honrar as dividas vencidas e por vencer, não profissionais e que não dissimulação ou desvio de bens.

O procedimento podem distinguir-se duas fases: a primeira de caráter conciliador/administrativa ("*règlement amiable*"), e a segunda instruída judicialmente ("*redressemente judiciare civil*").[2]

Na fase conciliadora, o consumidor devedor solicita a intervenção de uma Comissão criada "*ad hoc*", para o exame do superendividamento do consumidor ("*La Commission de surendettement des particuliers*"). (JOBIM, 2013)

O processo é ajuizado perante a Comissão que é formada tanto por representantes da Administração, como de associações bancárias ou financeiras, e de consumidores e usuários.

Após o estudo da petição do devedor, e a elaboração de um balanço, a Comissão, irá propor um plano de viabilidade, que, em caso de ser aceito pelos credores, poderá por fim ao procedimento.

A comissão estabelecerá um estado de endividamento do devedor. Este ver-se-á obrigado a declarar perante aquela os elementos do ativo e do passivo de seu patrimônio. Se a Comissão constatar que o reembolso de uma ou mais dívidas contraídas pelo devedor principal se encontra garantida por uma caução, informará ao garantidor da abertura do processo. O garantidor poderá manifestar-se por escrito perante a Comissão.

Mas ainda que o devedor seja omisso na impugnação, a Comissão poderá, em caso de dificuldades recorrer ao juiz competente para a execução da sentença com o com o objetivo de suspender os procedimentos executivos diligenciados contra o devedor, salvo as dívidas de prestações alimentícias.

Exceto com a autorização do juiz, a decisão que pronuncia a suspensão provisória dos processos executórios, proibirá que o devedor adote alguma medida suscetível de agravar sua situação de insolvência, de pagar, total ou parcialmente, uma dívida que não seja uma prestação de alimentos gerada com anterioridade à decisão supramencionada, indenizar os garantidores que liquidariam os

[2] http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/NI134_internet_sept2012.pdf

créditos nascidos anteriormente, ou realizar atos de disposição estranhos à gestão ordinária do patrimônio, proibindo-se igualmente a constituição de qualquer caução ou garantia.

Se não prosperar o trâmite da fase conciliadora, haverá a instância judicial ("*tribunal d´instance*"), a que prevê instrução do correspondente procedimento, e é dotada de amplas faculdades, a fim de articular as medidas pertinentes de saneamento da situação do devedor.

As medidas são: 1º Reescalonamento, o diferimento do pagamento de parte das dívidas; 2º Imputação dos pagamentos, inicialmente, o capital; 3º Estipulação que as somas correspondentes aos vencimentos ou prazos reescalonados comportarão juros a uma taxa reduzida, que poderá ser inferior à taxa de juro legal; 4º No caso de venda forçada do imóvel principal do devedor, gravada de um registro beneficiando um estabelecimento de crédito que tenha fornecido a soma necessária para a aquisição daquele, redução, por proposição especial e motivada, o montante da fração dos empréstimos imobiliários restando devidos aos estabelecimentos de crédito após a venda[3].

No procedimento de restabelecimento pessoal com liquidação judicial, o juiz determinará abertura do procedimento e nomeará um administrador, podendo este liquidar o patrimônio do devedor e encerrar o processo.

A Lei ainda determina que caso o consumidor utilize ou preste informações falsas de forma dolosa perderá o os benefícios do procedimento de tratamento da situação de superendividamento.

Determina ainda, toda pessoa que, sem o acordo de seus credores, da Comissão ou do juiz, agrave sua situação de endividamento mediante a obtenção de novos empréstimos ou pratique atos de disposição de seu patrimônio durante o curso do procedimento de tratamento da situação de superendividamento ou

[3] http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_Superendividamento.pdf

durante a execução do plano ou das medidas previstas nos artigos L331-7 os L331-7-1.

A legislação em estudo procura restabelecer a vida econômica do consumidor, com acordo e reduções de juros para o pagamento das dividas, porém também prever uma falência da pessoa do consumidor.

No tocante a proteção do consumidor, diretivas européias foram propostas, como forma de garantir um consentimento coerente refletindo sobre o endividamento em que aquele se engajava, bem como visava a garantir a lealdade nas transações, confortando a confiança dos consumidores.

2 Do direito de arrependimento

O Código dá ao consumidor o direito de se arrepender do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial do fornecedor até sete dias da data da compra, sendo o fornecedor obrigado a devolver-lhe o que foi pago(NERY JUNIOR, 2001). Exige o artigo que o contrato tenha que ter sido realizado fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio. Extrai-se desse dispositivo que o direito de arrependimento foi criado especificamente para dar uma maior proteção aos consumidores que adquirem produtos e serviços fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

Além disto, é a garantia para o consumidor de que as relações sejam bem-sucedidas, protegendo os consumidores de compras por impulso, ou efetuadas sob forte apelo publicitário e, de certa forma, resguardando a própria declaração de vontade do consumidor, pois dá a oportunidade de esta ser decidida e refletida com um pouco mais de cautela.

Na Europa, o direito de arrependimento, denominado direito de reflexão (sendo a França e Alemanha os pioneiros) e nos Estados Unidos, ocorre devido ao fundamento de que o consumidor não teve acesso direto ao produto, tampouco testa o serviço, portanto é perfeitamente entendido que, após este primeiro contato e análise, o consumidor possa desistir do negócio.

A diretiva 85/577/CEE(ALLEMAR, 2002) foi a primeira a harmonizar o direito dos contratos. Visava a disciplinar os contratos negociados fora do estabelecimento comercial, regulamentando a matéria "das Vendas ao Domicílio". Tal diretiva considerava que os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais caracterizam-se pela iniciativa de as negociações provirem normalmente do comerciante e que o consumidor não está preparado para tais negociações; dessa forma era necessário conceder ao consumidor um direito de resolução por um período, de pelo menos, sete dias, a fim de lhe ser dada a possibilidade de avaliar as obrigações que decorrem do contrato, como forma de protegê-lo.

A legislação previa apenas como contrato a distância os celebrados durante uma excursão organizada pelo comerciante fora dos seus estabelecimentos comerciais, ou durante uma visita do comerciante: a casa do consumidor ou a casa de outro consumidor; ao local de trabalho do consumidor. Consideram-se vendas em domicílio uma espécie de contrato, proposto e concluído no domicílio do consumidor pelo vendedor ou pelos seus representantes, sem que tenha havido um prévio pedido expresso por parte do consumidor.

Determinava os artigos 4º e 5º dessa Diretiva (85/577/CEE)que o consumidor terá 7 dias para arrepender-se da compra, quando esta for realizada fora do estabelecimento comercial.

> art. 5.º -85/577/CEE
> 1. O consumidor tem o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos sete dias a contar da data em que recebeu a informação referida no artigo 4o, em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional. Relativamente ao cumprimento do prazo, é suficiente que a notificação seja enviada antes do seu termo.
> 2. A notificação feita desvincularão consumidor de qualquer obrigação decorrente do contrato rescindido.

Percebe-se que o artigo supra assemelha-se ao artigo 49 do CDC no Brasil, que assegura o direito do contratante de se arrepender da compra após 7 dias da sua efetivação. Na Europa, tal direito é denominado direito de reflexão.

A directiva 97/7CE do Parlamento Europeu, de 20 de maio de 1997(ALLEMAR, 2002, p.129), dispõe sobre a proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância. Considera-se que o contrato à distância se caracteriza pela utilização de uma ou mais técnicas de comunicação a distância utilizadas sem a presença simultânea do fornecedor e do consumidor, sendo que a evolução permanente destas técnicas não permite elaborar uma lista exaustiva; a presente diretiva busca definir princípios válidos com o fim de proteger tal relação.

Verifica-se que essa diretiva ampliou bastante o conceito de contrato a distancia, uma vez que não delimitou o seu alcance:

> Contrato à distância, qualquer contrato relativo a bens ou serviços, celebrado entre um fornecedor e um consumidor, que se integre num sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo fornecedor, que, para esse contrato, utilize exclusivamente uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração.

Assim, a comunicação a distância é um meio que torna dispensável a presença física e simultânea das partes para a formação do contrato. O anexo I da diretiva apresenta um rol exemplificativo de como se dá a comunicação entre as partes, englobando a forma tradicional (correio físico, catálogo, publicidade impressa, telefone, telefax, rádio, televisão) e também meios eletrônicos (videotexto, correio eletrônico). Nota-se que tal diretiva regula o comércio eletrônico.

O direito de rescisão, assim denominado pela Diretiva, é uma garantia e, ao mesmo tempo, uma tranquilidade e confiança que tem os consumidores de se arrependerem da compra, quando realizada a distância.

No entanto, a Diretiva 2011/83/EU que revogou a 85/577/CEE e 97/7/CEE que tratavam de um prazo de apenas 7 dias para a rescisão, agora, faculta aos Estados membros a estipulação de um prazo de arrependimento, salienta-se a harmonização ao nível europeu do prazo para o exercício do direito de retratação para as compras à distância e para as compras efetuadas fora do estabelecimento, que ficou fixado nos 14 dias.

Tal diretiva oferece mais tempo para o consumidor para refletir sobre a compra realizada de forma impulsiva e levada por uma publicidade convidativa para o consumo, assim, diminui o consumidor que se endivida de forma descontrolada.

No que tange ao prazo de reflexão, a teoria do controle de impulso(JACKSON, 1986), propõe que o prazo de arrependimento, então, por si só não explicam por que a sociedade deve respeitar a preferência do próprio futuro em detrimento do presente. O conceito de impulso fornece como pelo menos um resposta parcial. Quando apresentado com uma escolha, os indivíduos tendem a escolher atual sobre a gratificação adiada, mesmo que se saiba que esta detém na loja uma medida maior de benefícios. Apesar de, por si só, esse comportamento pode ser explicado por uma tendência racional para descontar o valor de prestações diferidas, tal explicação não conta para mais esta observação: as mesmas pessoas nunca-obstante, por vezes, a favor de uma regra que evita a escolha e exige los a adiar a gratificação.

Para lá razões, no entanto, este teoria, por si só, parece inadequada como uma ferramenta explicativa. Em primeiro lugar, muitas das mudanças de curto prazo no julgamento que produzem arrependimento não são funções de mudanças fundamentais na personalidade. Em segundo lugar, a teoria do arrependimento não explicar satisfatoriamente por que os indivíduos, na tomada de decisões sobre o futuro, não pode ter em devida conta a possibilidade de que as suas ideias e os valores serão alterados. Ele não deve desafiar antecipação, por exemplo, que o estudante radical

de vinte pode tornar-se um líder de negócios - ou um nascido de novo Chistian - por quarenta anos.

Os indivíduos têm o luxo de observar como os pais, avós e outros mudaram com o tempo. Em ter ceiro lugar, a noção de mudanças de personalidade não m si não fornecem uma base para determinando-se qual das personalidades sucessivas do indivíduo deve ser reorganizada como sua verdadeira personalidade, aquela que expressa suas preferências reais (JACKSON, 1986).

No que tange ao prazo de reflexão, a teoria do controle de impulso(JACKSON, 1986), propõe que o prazo de arrependimento, então, por si só não explicam por que a sociedade deve respeitar a preferência do próprio futuro em detrimento do presente. O conceito de impulso fornece como pelo menos um resposta parcial. Quando apresentado com uma escolha, os indivíduos tendem a escolher atual sobre a gratificação adiada, mesmo que se saiba que esta detém na loja uma medida maior de benefícios. Apesar de, por si só, esse comportamento pode ser explicado por uma tendência racional para descontar o valor de prestações diferidas, tal explicação não conta para mais esta observação: as mesmas pessoas nunca-obstante, por vezes, a favor de uma regra que evita a escolha e exige los a adiar a gratificação.

Para lá razões, no entanto, este teoria, por si só, parece inadequada como uma ferramenta explicativa. Em primeiro lugar, muitas das mudanças de curto prazo no julgamento que produzem arrependimento não são funções de mudanças fundamentais na personalidade. Em segundo lugar, a teoria do arrependimento não explicar satisfatoriamente por que os indivíduos, na tomada de decisões sobre o futuro, não pode ter em devida conta a possibilidade de que as suas ideias e os valores serão alterados.

3 Analise econômica

No presente estudo analisar-se-á o Teorema de Coase. Ronald Coase revolucionou o modo de pensar em Law & Economics",

indagando se “A deve ter o direito de prejudicar B e, se não , como refrear a ação de A”?.

Para Coase não se deve sempre refrear a ação de A que causa prejuízo a B, mas deve-se infligir um custo a esse. E a partir deste custo, deve-se observar se B pode ser prejudicado por A, ou se deve ser permitido a B prejudicar A.(SADDI, 2005)

Esse raciocínio foi bem aclarado por um exemplo dado de George Stigler, também economista e professor da Faculdade de Direto de Chicago. O exemplo sugerido, foi o caso de uma fabrica que poluir um rio em que há peixes. Deve-se na proposição questionar-se se o que a fabrica produz, emprego e renda, á mais valioso que os peixes ou não para aquela sociedade. (SADDI, 2005)

Assim, o Teorema de Coase ajuda a identificar qual a solução mais eficiente na ausência de custos de transação, pois o economista procura entender quais as medidas devem ser adotadas para evitar que as existências de custos prejudiquem a eficiência econômica. Ou seja, o verdadeiro problema econômico a ser enfrentado consistiria em decidir, à luz dos objetivos de maximização da eficiência , qual seria o prejuízo mas grave a ser evitado pela sociedade.

A teoria propõe que as externalidades (que é um custo ou benefício que é imposto sobre alguém por ações tomadas por outros, que pode ser positiva quando impõe um benefício ou negativa ao impor um malefício) ou ineficiências econômicas podem ser, em determinadas circunstâncias, corrigidas e internalizadas pela negociação entre as partes afetadas, sem necessidade de intervenção de uma entidade reguladora.

No caso em analise a externalidade reside na incapacidade do consumidor de boa-fé cumprir as obrigações frente ao fornecedor de crédito, tornando-o superendividado.

A falta do pagamento de uma obrigação pode se dar pela incapacidade de pagar do devedor, por insucesso pessoal ou por uma instabilidade econômica. Mas, também o não pagamento pode decorrer de uma indisposição de pagar, simplesmente por não querer pagar. Tal fato resulta da falta de incentivo dado aos

devedores que saldem suas dividas, o que gera um oportunismo por parte deste. Quanto menores as penalidades impostas para o inadimplemento de uma obrigação, mais comportamento oportunista do devedor

Deve-se buscar um equilíbrio entre incentivar o devedor a buscar recursos e tomar riscos, porém tendo alguma proteção em caso de fracasso, e estimular o credor a emprestar, de forma que haja empréstimos disponíveis em condições e quantidades apropriadas. (SADDI, 2005).

A qualidade da legislação e proteção conferida ao credor é um importante determinante para as taxas de juros como também para o tamanho e composição do mercado.

Evidências empíricas demonstram que a proteção legal dos credores leva a juros mais baixos e um mercado de crédito mais ativo. Estudos comprovam que a taxa de juros é mais alta nos estados norte-americanos cuja a legislação oferece mais proteção aos devedores (JOBIM, 2013).

Tal fato é percebido a partir do momento em que a uma internalização da externalidade, ou seja, quando se coloca o inadimplemento do consumidor no custo da transação, esta tende a elevar, e conseqüentemente a tornar a obrigação mais cara e difícil de ser honrada pelo consumidor.

Desta forma, no aprofundamento a estudo do Teorema de Coase, Oliver Williamson, propõe que os Custos de Transação muito elevados podem inviabilizar certos mercados, a menos que, para funcionar, tenham apoio de instituições mais complexas do que apenas as instalações físicas em que compradores e vendedores se encontram. Faz-se necessário que as instituições reduzam os custos de transação de tais mercados.(SADDI, 2005)

Assim, os custos de transação em uma alternativa dependem diretamente de instituições como a Lei, que podem impor determinadas penalidades como forma de diminuir a inadimplência, pois a falta no pagamento de uma obrigação pode ser por uma desorganização econômica. Mas, também pode se dar por uma

indisposição de pagar, por não querer pagar, já que sabe que não terá penalidade alguma, pelo contrário, em algumas legislações, como a americana, até o mesmo o perdão da divida.

Os custos de transação abrangem cinco atividades que podem ser necessárias para viabilizar a concretização de uma negociação sendo estas: a busca pela informação, acerca de insumos, potencias compradores e vendedores , bem como o comportamento que estes operam; negociação, onde se percebe as verdadeiras intenções e limites dos compradores e vendedores; a realização e formalização dos contratos, inclusive com registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais; o monitoramento dos parceiros, verificando se as formas contratuais estão sendo cumpridas; correta aplicação do contrato, como também a possível cobrança e indenização pelo não cumprimento do contrato.(SADDI, 62)

Diante de tais atividades, percebe-se que a busca pela informação do consumidor e do conhecimento da negociação, tudo isso eleva o custo de transação, o que torna a obrigação mais cara e mais difícil de ser cumprida.

Assim, tendo a obrigação mais cara, poderá ocorrer o fenômeno da seleção adversa, em que os bons pagadores irão dispensar valores mais elevados, já que sabem não conseguirem pagar, enquanto os maus pagadores, aceitam os altos custos, uma que presumem não pagarem e nada acontecerá.

Intuitivamente, a seleção adversa consiste, justamente, no efeito que a assimetria de informação tem na escolha do agente. Dada a incapacidade de o contratante separar os bons dos ruins, por falta de conhecimento, os bons (fornecedores, contratados) tendem a afastar-se de mercado em que a assimetria de informação é crítica, com o objetivo de não serem contaminados pelos problemas (má qualidade/reputação, baixos salários, elevadas mensalidades) que afetam determinado mercado.

Na aplicação do presente estudo, com a elevada taxa de juros, diante da internalização da externalidade(inadimplemento do consumidor), os bons pagadores não irão tomar empréstimo por

considerarem impossível o cumprimento do acordo. Já os maus pagadores se aventuram a tomar empréstimos independentemente da taxa de juros cobrada, uma vez que, não dispõem de intenção de honrar seus compromissos.

Para Mishkin (2000) seleção adversa é um problema de informação assimétrica que ocorre antes de uma transação ocorrer. Maus tomadores na verdade são os que mais procuram por empréstimos. Estes agentes têm interesse em tomar o maior número de financiamentos, pois sabem de antemão que sua probabilidade de pagamento é baixa. Como a seleção adversa torna mais provável que os empréstimos sejam feitos a maus riscos de crédito, os emprestadores podem decidir não conceder nenhum empréstimo mesmo que haja bons riscos de crédito no mercado.

Considerações finais

Diante da análise realizada no presente trabalho, percebeu-se que o crédito assumiu um papel na atual sociedade consumerista, e que o endividamento gerado pela expansão do crédito é fenômeno inerente às sociedades de massa.

O superendividamento é um fenômeno mundial, e enseja a preocupação de todos, principalmente no que tange a proteção ao crédito, já que a sua ausência pode acarretar problemas para a sociedade já que muitas pessoas se endividam para pagar despesas mensais correntes.

O consumidor superendividado é o estado de impossibilidade do consumidor pessoa física e de boa-fé de pagar o conjunto de suas dívidas atuais e futuras de consumo, configura, pois, o endividamento superior ao normal daquele possível de ser suportado pelo orçamento mensal dos consumidores.

Assim, com o aumento do prazo para o direito de arrependimento do consumidor nas compras realizada fora do estabelecimento, ajudo-o a não realizar compras por impulso, já que possui um prazo suficiente para desistir do contrato.

Nesse passo, o Código de Consumo Francês, apresentou em seus artigos, procedimentos que viabilizam o pagamento ou a conciliação entre o superendividado com seus credores, visando restabelecer a vida econômica do consumidor. O procedimento podem distinguir-se duas fases: a primeira de caráter conciliador/administrativa, e a segunda instruída judicialmente.

Quando da aplicação do teorema do Coase e seu aprofundamento realizado por Williamson concluiu-se que a partir do momento em que a uma internalização da externalidade, ou seja, quando se coloca o inadimplemento do consumidor no custo da transação, esta tende a elevar, e conseqüentemente a tornar a obrigação mais cara e difícil de ser honrada pelo consumidor.

E que com a elevada taxa de juros, diante da internalização da externalidade(inadimplemento do consumidor), os bons pagadores não irão tomar empréstimo por considerarem impossível o cumprimento do acordo. Já os maus pagadores se aventuram a tomar empréstimos independentemente da taxa de juros cobrada, uma vez que, não dispõem de intenção de honrar seus compromissos, ocorrendo a seleção adversa, ficando no mercado apenas os maus pagadores.

Referências

ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de Consumo no âmbito da ONU e da União Européia*. Curitiba: Juruá editora, 2002.

BARBIERI, Diovana. *Direitos Fundamentais dos Consumidores.: á luz dos ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal e Brasil* .Juruá: 2012.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Breve linhas sobre o estudo comparado de procedimentos de falência dos consumidores: França, Estados Unidos da América e Anteprojeto de Lei no Brasil. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 21, 83, julho-setembro 2013, p.113-138.

BIJOS, Leila. Responsabilidade Social do Brasil*:* Processos de Integração. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário.* Brasília, volume 5, Numero 1, janeiro/junho 2010, p. 24.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A União Européia e os Estudos de Integração Regional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário.* 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. Superendividamento. A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2002.p 119, 236

JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of bankruptcy Law*. Cambridge: Harvard University, 1986.p.236

JOBIM, Maria Luiza Kurban. Estados Unidos e o Sistema do Fresh Start: O "Discharge"(perdão) previsto pela seção 727 do Capítulo 7 do Código de Falências. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 22, 87, maio-junho 2013, p.337-347.

LIMA, Clarissa Costa. O Tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. *Revista dos Tribunais*, 2014.p.34

MARQUES, Cláudia Lima e Laura Schertel Mendes. Direito Europeu muda nos contratos a distância e a domicilio: a nova diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação geral e do comércio eletrônico. *Revista do Direito do Consumidor*. Ano 21, 81, janeiro-março 2012, p.339-400.

MARQUES, Maria Manuel Leitão(coord). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MISHKIN, Frederic S. *Moedas, Bancos e Mercados Financeiros* . Rio de Janeiro: LTC, 2000

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NETO, André Perin Schmidt. *Revisão dos Contratos com base no Superend*ividamento. Juruá: 2012.

NIEMI-KIESILAINE, Johanna; HENRIKSON, Ann-Sofe. *Legal solutions to debt problems in credit societies: a report to the council of Europe*. Strasbourg: CDCJ-BU, 2005.

SADDI, Jairo e Armando Castelar Pinheiro. *Direito, Economia e Mercados*. Campus: Rio de Janeiro, 4ª edição, 2005.

SADDI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, Economia e Mercados*. Campus, 2005.

VELOSO, Alberto Junior. O contrato de Compra e venda á crédito ao consumidor: Analise a partir do direito Comunitário Europeu. Jurua: 2013.

http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/NI134_internet_sept2012.pdf

Diretiva 2000/31, dispõe sobre o comércio electrónico. Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l24204_es.htm&prev=/search%3Fq%3Ddirectiva%2B2000/31%26start%3D40%26hl%3Dpt-BR%26sa%3DN&rurl=translate.google.com.br&usg=ALkJrhgoahwHpxWYKpWf4WAhHotrEFE5DA. Acesso em jul. 2009

7

Segurança pública na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades

Reginaldo Canuto de Sousa[1]

Introdução

Nas últimas décadas, a questão da Segurança Pública passou a ser considerada problema fundamental e principal desafio ao Estado de Direito no Brasil. A Segurança ganhou enorme visibilidade pública e tornou-se presente nos debates tanto de especialistas como do público em geral.

Os problemas relacionados com o crescimento das taxas de criminalidade, o aumento da sensação de insegurança, sobretudo nos grandes centros urbanos, a degradação do espaço público, as dificuldades relacionadas à reforma das instituições da administração da justiça criminal, a ineficiência preventiva e de investigação das instituições de Segurança (as polícias), a superpopulação nos presídios, rebeliões, fugas, degradação das condições de internação de jovens em conflito com a lei, corrupção, aumento dos custos operacionais do sistema, problemas relacionados à eficiência das perícias policiais e morosidade judicial, entre tantos outros, representam desafios para o processo de consolidação e melhoria do Sistema de Segurança Pública no Brasil.

[1] Doutor e Mestre em Políticas Públicas (UFPI), Professor Adjunto do Curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e Major da Polícia Militar do Piauí, e-mail: canutojus@ig.com.br.

Desta forma, a redemocratização do Brasil, pós 1985, não significou a imediata democratização da Segurança Pública, já que o retorno ao Estado Democrático de Direito não representou a automática hegemonia dos princípios democráticos e da legalidade na operacionalização dos serviços policiais, refletidos em uma Segurança Pública mais acessível à maior parcela da sociedade, que permitisse o acesso à cidadania plena.

Neste contexto, o presente artigo apresenta alguns aspectos históricos da Segurança Pública no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988. O artigo também buscou apresentar a estreita relação das origens do Estado e da Polícia, sendo esta uma das Instituições que mais representa o Estado na perspectiva da manutenção da Ordem Pública. O artigo ainda objetivou apresentar a configuração da Segurança Pública pós Constituição de 1988, e suas possibilidades advindas dessa construção legal e social.

Para atingir tal objetivo, a pesquisa foi construída com base bibliográfica. O método adotado foi de natureza histórico, e de cunho descritivo-explicativo, utilizando matriz qualitativa.

1 Breves considerações da gênese do Estado e da polícia

A ideia da criação do Estado sob o viés contratualista, adotada pelo paradigma europeu ocidental, é fundada na alienação da liberdade do indivíduo em prol de sua segurança, com fito de que este evite a violência. Este é o ponto de partida do Estado para os chamados "contratualistas" (Hobbes, Locke, Rousseau, dentre outros), os quais buscam demonstrar, resguardadas as suas peculiaridades, que este é um produto da racionalidade do homem e que serve para preservar e organizar a sociedade com o mínimo de segurança (STRECK e BOLZAN DE MORAIS, 2010).

Mesmo a título de introdução, pode-se observar que toda esta construção, fundada na alienação da liberdade individual, típica e fundamental para o ideário liberal, já se apresenta como um

"custo" causado pela violência, exatamente nos moldes do capitalismo clássico, ou seja, acaba-se por ceder uma parte fundamental da autonomia do homem, em prol da continuidade de sua existência, constituindo-se uma entidade coletiva com o intuito de resguardar a permanência das singularidades do indivíduo, mesmo que esta tenha de ser atenuada, condicionada para tanto (STRECK e BOLZAN DE MORAIS, 2010).

Assim, o homem, que em um primeiro momento vive em Estado de Natureza - período da Pré-história denominado de Paleolítico, que compreende o surgimento do homem, por volta de 4,4 milhões de anos até 8.000 a.C. (que para alguns contratualistas era o ideal pacífico e de felicidade enquanto para outros refletia um individualismo exacerbado caracterizado por violência implícita e guerra de "todos contra todos") - vincula-se em um "Contrato Social"[2], segundo o qual se cede uma parte da liberdade que detém de autodeterminar-se e de autodefender-se, imbuído de impulsos violentos em favor de um Estado que atue como mediador das relações humanas, assegurando-lhe principalmente segurança, assim, o desfrute pacífico da porção de liberdade cedida e a possibilidade de convívio coletivo harmônico, circunscrito àquilo que se chama de "Estado Civil", ou seja, abdica-se de uma gama de liberdades, entrega-se ao Estado o monopólio da violência legal, e, com isso, o dever de manter a paz e a segurança social, pois que este é um dos fins previamente estipulados e vinculadores de sua própria criação (STRECK e BOLZAN DE MORAIS, 2010).

Porém, em virtude da crescente complexidade que acomete os diversos setores da sociedade, conforme abordado por Neves (2007), o Estado cada vez menos consegue garantir a responsabilidade de "vigiar e punir" as condutas desviantes de forma efetiva, inibindo e reprimindo a atuação criminosa de

[2] O período histórico indicado para o acontecimento do contrato social seria após o surgimento da escrita, pós Revolução Agrícola, com o Surgimento da propriedade privada, aproximadamente 3.200 anos antes de Cristo, quando houve a necessidade concreta de segurança pessoal e jurídica para garantir a propriedade privada.

indivíduos na sociedade (NEVES, 2007), por diversos fatores (capitalismo-autofágico, alimentador e alimentado pelas diversas formas de violência, da mesma forma que incentivador do consumo infrene, grande patrocinador, ou melhor, potencializador da miséria, desestruturação da família, inversão de valores etc.) (DIAS NETO, 2005).

Tal incapacidade do Sistema Capitalista configura, em última instância, uma crise do próprio Estado e de suas premissas básicas. Mesmo detendo o monopólio legal da violência, não consegue conter os "excessos" do homem, ou por meio de um atuar obscuro e efetivamente limitado, que acaba por incentivar cada vez mais seu crescimento, ou pela reprodução da desigualdade social em todas as esferas da sociedade (STRECK e BOLZAN DE MORAIS, 2010).

Assim, a moderna sociedade e o Estado democrático floresceram, como se sabe, no contexto da transição do feudalismo ao capitalismo, verificado na Europa ocidental entre os séculos XV e XVIII. No curso desse processo, operaram-se substantivas transformações na economia, na sociedade, no Estado e na cultura. A dissolução do mundo social e intelectual da Idade Moderna acelerou-se no último quartel do século XVIII, conhecido como a "era das revoluções" (HOBSBAWN, 1996, p. 49), convergindo para o fenômeno que Weber (1996) nomeou "desencantamento do mundo".

Desta forma, o Estado é um fenômeno político que, tal qual é conhecido hoje, surge no século XVI quando se consolida o poder real que se impõe sobre outros poderes, como a nobreza, os parlamentos, as cidades livres e a Igreja. Primeiramente, o Estado moderno surge em sua forma absolutista, na qual o rei é o soberano com poderes ilimitados. No final do século XVIII, com a Revolução Francesa de 1789, surge o Estado-nação que se consolida no século XIX e no qual o povo é o soberano. Este Estado-nação mantém-se até os dias atuais e é a formação reconhecida pela Organização das

Nações Unidas (ONU), embora tenha diferentes formatos, o princípio básico se mantém.

Foi no bojo desse processo de desencantamento das visões mágicas do mundo e de laicização da cultura que se consolidaram as sociedades modernas, caracterizadas por acentuada e progressiva diferenciação de suas estruturas sociais e econômicas, no interior das quais nasceram e se desenvolveram a empresa capitalista e o Estado burocrático e se separaram da esfera religiosa a ciência, a arte e a moral (WEBER, 1996; ADORNO, 2002).

Portanto, neste artigo científico, a palavra "Estado" está se referindo à totalidade da sociedade política, ou seja, o conjunto de pessoas e instituições que formam a sociedade juridicamente organizada sobre um determinado território. A palavra "governo", por sua vez, se refere somente à organização específica de poder a serviço do Estado, ou seja, àquele que gerencia os negócios do Estado por um determinado período de tempo.

Por consequência, a função do governo, na direção ou processo de administração do Estado, é aplicar as leis e políticas públicas do Estado através dos poderes Executivo e do Judiciário, e, quando necessário, empreender sua reforma através do poder Legislativo. Numa abordagem mais atual, entende-se o governo como "constituído pela cúpula do poder Executivo, do poder Judiciário, e pelos deputados e senadores. Além de ser o processo de governar, o governo é o grupo dirigente do Estado" (DIAS e MATOS, 2012, p. 05).

Assim, o Estado, como instituição criada por um contrato social, tem um fim, um objetivo, que não pode ser confundido com os objetivos daqueles que exercem o governo, que possuem interesses próprios que podem ou não coincidir com a função social do aparelho estatal. Também pode-se destacar como principal função do Estado a Segurança, através da manutenção da ordem, operacionalizada por suas Instituições Policiais.

Desse modo, associam-se inseparavelmente Estado e Polícia, sendo esta instrumento para o exercício do poder daquele,

chegando-se ao ponto de se poder afirmar que não existe Estado politicamente organizado sem Polícia. Ainda segundo esta abordagem, o Estado é um produto dessas mesmas condições históricas. Nesse sentido, é o contexto político-social existente que determina a estrutura e o papel da Polícia (COSTA, 2004).

Assim, pode-se concluir que a Polícia é uma das instituições mais antigas do Estado, e sua origem se confunde com a gênese do próprio Estado.

2 Previsão constitucional da segurança pública brasileira

A perspectiva norteadora deste artigo enfoca a Segurança Pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos os cidadãos e condição exigível para o exercício pleno da cidadania, com base no atual texto constitucional brasileiro. Assim, o Estado, por intermédio da instituição Polícia, que deve ser um importante ator garantidor de Direitos Humanos, e com a participação social na construção dessa política pública formam um binômio na busca por uma Segurança Pública mais eficiente, eficaz e efetiva.

Nessa perspectiva, Segurança Pública é um conceito em construção, porém, pode-se afirmar que é um processo sistêmico, em que deve haver o envolvimento de ações públicas e comunitárias em torno da preservação da ordem pública, através da proteção aos direitos do indivíduo e da coletividade (BENGOCHEA, 2004). Portanto, não se deve esquecer a atuação do Policial, enquanto profissional da Segurança Pública e ser humano titular também de direitos, devendo ter reconhecido sua dignidade.

Assim, a Segurança Pública não se restringe à ação da Polícia, mas tema de interesse da sociedade em geral, segundo o novo enfoque constitucional.

> Segurança Pública é uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da

> criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei (BRASIL, 2018, sem paginação).

O conceito de Segurança Pública tem mudado e se adaptado às transformações sociais e políticas, conforme entendimento de Sousa (2013):

> A Segurança Pública é uma política pública, consubstanciada pela ação estatal e comunitária, em parceria, que objetiva prevenir e enfrentar a violência criminal, nas suas diversas manifestações e dimensões, principalmente garantindo o acesso à cidadania plena, no âmbito de suas competências, através das instituições policiais e a comunidade como um todo, pois é elemento essencial para manutenção da Ordem Pública (SOUSA, 2013, p.52).

Dessa forma, a Segurança Pública tornou-se tema essencial para construção de um Estado Democrático de Direito, com respeito aos direitos humanos e como condição para acesso à cidadania plena.

Assim, fazendo uma resumida retrospectiva histórica tem-se que atividade policial organizada no Brasil iniciou-se em 1808, com a vinda da Família Real de Portugal, fugindo da Revolução de Napoleão Bonaparte, o que proporcionou a formação e organização de um extrato burocrático em terras brasileiras. Logo após, houve vários momentos históricos brasileiros que terão desdobramento na Segurança dos cidadãos, como o Período Imperial (1822-1889), a República Velha (1889-1930), a Era Vargas (1930-1945), o Regime Militar (1964-1985) e a Redemocratização (1985-atual), podendo constatar-se modificações do papel da Polícia no decorrer da história brasileira.

Portanto, o papel da Polícia tradicionalmente é tratar de todos os tipos de problemas humanos quando sua solução necessite ou possa necessitar do emprego da força – e na medida em que isso

ocorra -, no lugar e o no momento em que tais problemas surgem (MONJARDET, 2002).

> Comumente se admite que um martelo serve principalmente para bater pregos, mas sabe-se que, abrigado numa caixinha vermelha fixada na parede de um vagão ou de um ônibus, ele serve para "quebrar o vidro" e libertar-se, em caso de acidente que torne as portas inacessíveis. Como picareta, ele ajuda a escalar as montanhas. Sabe-se também que pode permitir rachar uma cabeça (MONJARDET, 2002, p. 21).

Ademais, pode-se concluir que a Instituição Polícia será reflexo do Regime de Governo vigente, se democrático ou autoritário, conforme pode-se observar pelas diversas fases da história brasileira, com alternância de períodos democráticos e autoritários. Por exemplo, a mesma Polícia que em 1968, no período do Ato Institucional nº 5[2], combatia os movimentos sociais que contestavam o Regime Militar, hoje é responsável pela Segurança dos cidadãos que resolvem realizar manifestações, passeatas ou greve em via pública.

Já em relação à história recente do Brasil, em 1985, chega ao fim o período dos Governos Militares, passando-se a respirar uma expectativa de reformas democráticas. Então é formada a Assembleia Nacional Constituinte, que culminou com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, a qual trouxe inovações importantes na seara da Segurança Pública, se

[2] O **Ato Institucional nº 5 (AI-5)** vigeu de 13/12/1968 a 13/10/1978, tornou-se o maior símbolo da repressão durante o Regime Militar (1964-1985). Chamado de "golpe dentro do golpe" pelo jornal Correio da Manhã, esse decreto marca o período denominado "anos de chumbo", que vai do governo de Costa e Silva até o fim do Governo Médici. Tal ato limitou direitos constitucionais e possibilitou a cassação de mandato de políticos contrários ao elencado regime. Porém, a abertura política no Brasil tem início em 1974, no governo Ernesto Geisel (1974-1979), em razão deste fato histórico consideramos ditadura militar apenas o lapso temporal de vigência do AI-5 (1968 a 1978), que teve fim com a abertura política e Lei de Anistia, conforme entendimento também do Prof. Dr. Marcos Antônia Villa (VILLA, 2014). Disponível em: https://www.infoescola.com/ditadura-militar/ai-5/. Acesso em: 24 ago. 2018.

comparada ao padrão tradicional[3] de Segurança Pública incorporado à doutrina de Segurança Nacional da época de exceção. A nova Constituição estabeleceu novas competências[4] às instituições policiais, bem como há princípios que podem possibilitar a aplicação de uma gestão participativa, compartilhada na resolução dos problemas da violência criminal, conforme pode-se vislumbrar na leitura do texto constitucional em seu Art. 144:

> Art. 144. **A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - polícias civis;
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

[3] O modelo tradicional da polícia brasileira caracteriza-se por uma ação meramente reativa (repressiva) ao problema da violência e da criminalidade, ou seja, a polícia só deve agir após o cometimento do delito e em casos de crimes considerados realmente "graves" pelo aparelho policial. A Polícia Comunitária é o contraponto a tal sistema e atua de modo preventivo (pró-ativo).

[4] Até então, antes de 1988, a missão da Polícia era simplesmente açoitar escravos, no período imperial, e reprimir os movimentos sociais que contestavam o Regime Militar (1964-85). A polícia deteria todas as pessoas consideradas, pelos militares, como nocivos à Segurança Nacional, conforme a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14/12/83).

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.
§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.
§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.
§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.
§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.
§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.
§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.
§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:
I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e
II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivas e seus

> agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei (BRASIL, 2018, sem paginação, grifos nossos).

Nesse contexto, as inovações da Segurança Pública e prevenção dos delitos devem ser compreendidas à luz dos processos de reorganização das competências estatais, na perspectiva de um estado democrático de direito e respeito aos direitos humanos. Assim, a Segurança Pública dependerá diretamente do modelo político adotado, podendo-se concluir que a competência das instituições policiais em períodos autoritários é diametralmente diferente em um Estado Democrático de Direito, as quais tem a previsão legal de serem mais acessíveis à participação social, conforme consta no texto constitucional já mencionado.

> Trata-se de uma nova dinâmica social que questiona posturas centralizadas e desafia a abertura para o novo, construído no cotidiano das ações humanas que envolvem o pensar, o criar, o fazer, o agir, o interagir, o confrontar-se e o indignar-se. Nesse cotidiano de movimentação ganha evidência a contribuição de todos os segmentos sociais, considerando as etnias, o gênero, as faixas etárias, a inserção social política, econômica e cultural, em um esforço de aumentar a qualidade e as possibilidades de vida para todos os cidadãos (SILVA, 1997, p. 209).

Portanto, no contexto das políticas públicas de gestão participativa, observa-se a necessidade da participação cada vez mais da sociedade nas discussões, sugestões e gestão da coisa pública, em especial, na área da Segurança Pública (BEATO, 2001).

Por outro lado, o modelo de prevenção, que se apresenta como novo, em suas expressões mais avançadas, constitui reação ao método penal tradicional de compreensão e tratamento dos conflitos sociais – endurecimento da pena e consequente aumento do encarceramento - e acena para uma política integral de proteção e implementação de direitos, na qual o Direito Penal opera como componente "parcial e subsidiário" e não como solução final para todas as questões da Segurança Pública (BARATA, 2000).

O modelo pode assim redirecionar o debate da Segurança para além do marco da penalidade, da alternativa entre maior ou menor intervenção penal, e viabilizar novas possibilidades de gestão material dos problemas relacionados ao crime e à insegurança dos cidadãos. A Segurança Pública, em uma perspectiva democrática, deve atuar conjuntamente com outros setores governamentais, como: assistência social, saúde, educação, saneamento básico, iluminação, esporte, lazer, e principalmente a participação social, pois qualquer cidadão é titular de direito, mas também é responsável pela Segurança individual e coletiva.

Assim, no viés democrático, espera-se do sistema penal a diminuição da impunidade em toda sua amplitude danosa e que as penas de limitação da liberdade sejam realmente de caráter ressocializador, e não meramente punitivas, conforme prevê os princípios da Lei de Execuções Penais brasileira (LEP), Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Um conceito democrático de Justiça Penal tem suas premissas, estruturas e práticas emancipadas da natureza estritamente punitiva e amplia o seu leque de respostas às questões criminais, tendo em vista a natureza heterogênea dos problemas e a necessidade de integrar a resposta penal aos enfoques, métodos e objetivos de outros instrumentos de proteção de direitos (PIRES, 2004). O Sistema de Justiça Penal complementa o Sistema de Segurança Pública, e estes, quando trabalham em harmonia, possibilitam o acesso à cidadania ao se garantir o respeito à norma e à dignidade humana quando no cumprimento da pena restritiva de liberdade (LAZZARINI, 1999).

Por consequência, a ordem constitucional erigida a partir de 1988 elegeu entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 2018).

Já em relação à evolução institucional da Segurança Pública brasileira, pode-se mencionar alguns institutos legais que contribuíram para o aperfeiçoamento dessa Política Pública, como a

criação da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), em 1995, órgão que era do Ministério da Justiça, atualmente vinculado ao Ministério da Segurança Pública. Porém, ela só começou a atuar efetivamente a partir de 2000, após a criação do Plano Nacional de Segurança Pública, no qual foram celebrados diversos convênios com os estados federados com o intuito de repassar verbas para investimentos em cursos, estrutura física, equipamentos, viaturas, coletes balísticos e armamentos. Esses insumos seriam distribuídos através do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), criado concomitantemente com o Plano.

Em 2000, a Política de Segurança Pública se deparou com o desafio de elaborar um planejamento estratégico que contemplasse todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal), e, através da Medida Provisória nº 2.029, lançou o 1º Plano Nacional de Segurança Pública - PNSP, com o objetivo de aprimorar o sistema de segurança pública brasileiro, através de compromissos estratégicos capazes de relacionar as políticas voltadas para a segurança às ações comunitárias (participação direta da população).

Ao continuar apresentando o histórico da Segurança Pública no Brasil, destaca-se a promulgação da Lei Federal nº. 11.530, de 24 de outubro de 2007, que instituiu o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), o qual foi pioneiro em articular políticas de enfrentamento à criminalidade com foco na prevenção, controle e repressão da criminalidade, estabelecendo políticas sociais e ações de proteção às vítimas, fato até então inédito no Brasil, em nível Federal (SOUSA, 2018). É interessante verificar como se estruturou tal programa que propõe uma nova perspectiva para a Segurança Pública brasileira:

> Lei nº 11.530, de 24/10/2017
>
> Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, a ser executado pela União, por meio da articulação dos órgãos federais, em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios e com a participação das

famílias e da comunidade, mediante programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública.

Art. 2º O Pronasci destina-se a articular ações de segurança pública para a prevenção, controle e repressão da criminalidade, estabelecendo políticas sociais e ações de proteção às vítimas.

Art. 3º São diretrizes do Pronasci:

I - promoção dos direitos humanos, intensificando uma cultura de paz, de apoio ao desarmamento e de combate sistemático aos preconceitos de gênero, étnico, racial, geracional, de orientação sexual e de diversidade cultural;

II - criação e fortalecimento de redes sociais e comunitárias;

III - fortalecimento dos conselhos tutelares;

IV - promoção da segurança e da convivência pacífica;

V - modernização das instituições de segurança pública e do sistema prisional;

VI - valorização dos profissionais de segurança pública e dos agentes penitenciários;

VII - participação de jovens e adolescentes, de egressos do sistema prisional, de famílias expostas à violência urbana e de mulheres em situação de violência;

VIII - ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional, mediante implementação de projetos educativos, esportivos e profissionalizantes;

IX - intensificação e ampliação das medidas de enfrentamento do crime organizado e da corrupção policial;

X - garantia do acesso à justiça, especialmente nos territórios vulneráveis;

XI - garantia, por meio de medidas de urbanização, da recuperação dos espaços públicos;

XII - observância dos princípios e diretrizes dos sistemas de gestão descentralizados e participativos das políticas sociais e das resoluções dos conselhos de políticas sociais e de defesa de direitos afetos ao Pronasci;

XIII - participação e inclusão em programas capazes de responder, de modo consistente e permanente, às demandas das vítimas da criminalidade por intermédio de apoio psicológico, jurídico e social;

> XIV - participação de jovens e adolescentes em situação de moradores de rua em programas educativos e profissionalizantes com vistas na ressocialização e reintegração à família;
> XV - promoção de estudos, pesquisas e indicadores sobre a violência que considerem as dimensões de gênero, étnicas, raciais, geracionais e de orientação sexual;
> XVI - transparência de sua execução, inclusive por meios eletrônicos de acesso público; e
> **XVII - garantia da participação da sociedade civil** (BRASIL, 2007, destaques nossos).

Portanto, o PRONASCI significou uma mudança na percepção e enfrentamento da violência criminal pelo Estado brasileiro, e principalmente a utilização de Políticas Sociais para a prevenção da violência, como moradia, emprego, saneamento básico, educação, lazer, esporte, transporte coletivo, necessárias ao exercício da cidadania em sua plenitude, pois não há cidadania sem Segurança Pública.

Destaque-se que os órgãos e normas criados na Segurança Pública só foram possíveis em virtude da previsão constitucional de 1988, a qual expressa princípios legais que possibilitam tais avanços.

Considerações finais

O Estado pode ser definido como uma associação política que apresenta um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos e reivindicar com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes (DIAS e MATOS, 2012). Esse aparato administrativo ao qual associamos a expressão "Administração Pública" "designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesses público ou comum, numa coletividade ou organização estatal" (BOBBIO, 1993, p. 10).

A legislação brasileira é clara ao expor a matéria sobre as atribuições do Estado, baseada na busca pela dignidade da pessoa

humana, através da manutenção da ordem social aliada à ordem econômica, conforme os ditames da justiça social. O texto constitucional vigente expressa, já no seu preâmbulo, as ideias acerca dessa busca. Dentre os objetivos fundamentais destaca-se a prerrogativa de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Na garantia dos direitos sociais encontram-se o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, **à segurança**, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Porém, em virtude da incapacidade demonstrada pelo Estado em prover os direitos mínimos estabelecidos pela Constituição Federal a cada cidadão, principalmente através das políticas públicas, o Estado, nessa perspectiva, expressa sua face violentadora ao restringir o acesso de segmento expressivo da população aos direitos fundamentais, e particularmente no caso específico desta pesquisa em sua relação com a área da Segurança Pública.

Analisando o caso brasileiro, pode-se concluir que as instituições foram construídas em via inversa, com o Estado se tornando um ator que desprezava as liberdades individuais, ou então por iniciativas favorecedoras de classes sociais detentoras do poder econômico e político, contrariando o próprio princípio constitucional da igualdade jurídica e negando o exercício pleno da cidadania para a maior parte da sociedade, inclusive em relação à Segurança Pública.

Desta forma, a cidadania comporta várias dimensões, e a Segurança Pública, em uma perspectiva constitucional, tem como missão garantir o acesso à cidadania, através do respeito aos Direitos Humanos e consequentemente à dignidade humana. Desta forma, o retorno à democracia não significou automaticamente o pleno exercício da cidadania em suas múltiplas dimensões, bem como não significou o fim da violência criminal e nem uma adequação instantânea à nova ordem constitucional. Assim,

constata-se que ainda há muitos obstáculos para o desenvolvimento de uma Política de Segurança Pública eficaz, eficiente e efetiva.

As instituições são construídas socialmente e transformações em suas estruturas demandam tempo e vontade política. Destarte, este é o caso das Polícias brasileiras que até hoje buscam se encontrar na nova ordem constitucional.

A discussão do tema Segurança Pública tornou-se de fundamental importância no contexto atual, principalmente enfocando a necessidade da sociedade participar da gestão da Segurança Pública, considerando que o modelo tradicional do Sistema de Segurança Pública se esvaiu em sua burocracia, a qual não consegue atender às demandas da sociedade e diminuir os índices de criminalidade.

Por isso, é de bom alvitre o registro histórico e teleológico da evolução das instituições Policiais e suas funções assumidas no decorrer da história, por significar a própria evolução da Segurança Pública do Brasil, pois tal metodologia possibilita uma melhor contextualização do objeto de estudo, que é a Segurança Pública brasileira.

Portanto, a Segurança Pública, compreendida como política pública, ainda se encontra em fase de construção, tendo em vista que o processo de redemocratização brasileira é recente (1985), ou seja, como já fora analisado, ainda há resquícios de autoritarismo nas práticas institucionais das Polícias, inclusive que demanda do período imperial do Brasil, da escravidão da população africana. Desta forma, a consolidação da Segurança Pública, no viés democrático, só advém da prática institucional e da percepção social. Por exemplo, não basta a assinatura de convênios ou protocolos de intenção com a Secretaria Nacional de Segurança Pública se não houver vontade política dos gestores locais em implementar as mudanças necessárias para adequação a um Estado Democrático de Direito.

Logo, percebe-se no discurso oficial uma forte tendência em garantir, formalmente, a participação da sociedade na discussão das

Políticas Pública, mas na prática há limitações quanto à gestão compartilhada da Segurança Pública. Assim, pode-se afirmar que a continuidade do centralismo dos gestores da Segurança Pública contraria a lógica da administração contemporânea em descentralizar e gerir de forma compartilhada, bem como a previsão constitucional brasileira.

Por consequência, a Política de Segurança Pública efetiva, eficaz e efetiva seria aquela capaz de atuar sobre as causas mais profundas do fenômeno da violência criminal. Na medida em que se acredita que a reversão dos indicadores de criminalidade depende umbilicalmente de intervenções nas causas do fenômeno, haveria muito pouco o que fazer na gestão cotidiana do fenômeno.

É possível, contudo, utilizar os referenciais dessa abordagem teórica para esboçar os parâmetros mais gerais de uma Política de Segurança Pública. Esta deve combinar ações que diminuam a disponibilidade de alvos, aumentem a proteção e vigilância dos mesmos, e reduzam a possibilidade de que surjam novos atores sociais motivados para o crime. A incapacitação do ator motivado é, pois, uma das estratégias de inibição do crime.

Nesse sentido, é possível combinar ações públicas de natureza preventiva com presteza de resultados, de modo que as políticas de prevenção social possam ser eficientes mesmo não atuando sobre as causas estruturais da motivação dos indivíduos. Isso significa agir sobre as dinâmicas imediatamente geradoras do fenômeno. A prevenção pode ser rápida, ágil e eficaz.

No entanto, as Políticas de Segurança Pública adotadas no Brasil, em sua maioria, se resumem, na realidade, na velha retórica de mais efetivo, mais viaturas e mais armamentos, sem efetivamente construção de um Plano racional de Segurança Pública, principalmente em nível estadual e municipal, bem como a ausência da garantia orçamentária para concretização dessa Política Pública.

Assim, pode-se concluir que a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi um marco legal importante na construção da cidadania

em solo brasileiro, pois assegurou mecanismos legais que possibilitam a gestão compartilhada da Segurança Pública no Brasil, mesmo considerando que há ainda uma longa caminhada nessa trajetória.

Referências

ADORNO, Sérgio. Monopólio Estatal da Violência na Sociedade Brasileira Contemporânea. In: MICELI, Sérgio (Org.). **O que ler na Ciência Social Brasileira**. Brasília: CAPES, 2002.

BARATA, Francesc. La violencia y los mass media: entre el saber criminológico y las teorias de la comunicacion. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n. 29, jan/mar, 2000.

BEATO, Cláudio. **Reinventando a polícia – a implementação de um programa de policiamento comunitário**. Belo Horizonte: CRISP/UFMG (*mimeo*), 2001.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz. A tradição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. In: **São Paulo em Perspectiva**, Vol. 18, nº 1, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. **Entre a lei e a ordem**: violência e reforma nas Polícias do Rio de Janeiro e Nova York. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2002.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia**: sociologia da força pública. São Paulo: USP, 2003.

NEVES. Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PIRES, Álvaro P. "La alínea Maginot' en el derecho penal: la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 46: 11-45. 2004.

SILVA, Maria do Rosário de Fátima. A revitalização do local como espaço de constituição de uma nova noção de cidadania. In. BAPTISTA, Dulce. (Org) **Cidadania e Subjetividade**: novos contornos e múltiplos sujeitos. São Paulo: Editora Imaginário, 1997.

SOUSA, Reginaldo Canuto de. **Políticas de segurança pública e a experiência de polícia comunitária como estratégia de prevenção e enfrentamento à violência no Piauí:** desafios, limites e perspectivas. 2018. 287 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2018.

_____. **Introdução à Segurança Pública**: reflexões sobre Polícia, Sociedade e Cidadania. 2ª ed. Teresina: Edição do Autor, 2013.

STRECK, Lênio Luiz e BOLZAN DE MORAIS. José Luis. **Ciência Política** e **Teoria do Estado.** 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLA, Antônio Marcos. **Ditadura à Brasileira (1964-1985)** - a democracia golpeada à esquerda e à direita. São Paulo: Editora Leya, 2014

WEBER, Max. A Política como Vocação. In: WEBER, Max. **Ciência e Política, Duas Vocações.** São Paulo: Cultrix, 1996.

8

Soberania econômica e estado de exceção: críticas à decisão da adi 3273-9 do Supremo Tribunal Federal

Willame Parente Mazza[1]
Yago Roberto Correia Lima [2]

Introdução

O presente trabalho pretende realizar um estudo em torno do julgamento da ADI 3273-DF do Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela constitucionalidade do 26, caput da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo). Para tanto, utiliza como instrumento teórico o conceito de soberania de Carl Schmitt, segundo o qual soberano é quem decide (*Entscheidung, Dezision*) sobre a exceção (*Ausnahmezustand*). Apropria-se também do conceito de estado de exceção econômico de Gilberto Bercovici, por via do qual é estabelecida uma relação entre poderes constitucionais e poderes econômicos

[1]Pós-Doutor pela *Faculdad de Derecho de Sevilla* – Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – RS), com período de pesquisa (doutorado "sanduíche") na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito com ênfase em Tributário, pela Universidade Católica de Brasília (UCB), Especialização em Direito Tributário e Fiscal, Especialização em Direito Público e Especialização em Controle na Administração Pública. Bacharel em Direito e Engenharia Civil. Auditor Fiscal da Fazenda Estadual do Estado do Piauí, Professor adjunto no curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Membro do Grupo de pesquisa "Estado e Constituição" UNISINOS-RS e do Grupo de pesquisa "Terceiro Setor e Tributação" UCB-DF.

[2] Jurista e autor de *Souveraineté Pétrolière et État d'Exception*, *Éditions Universitaires Européennes*.

Neste estudo, essas ferramentas teóricas procuram demonstrar a natureza política da decisão do Supremo Tribunal Federal, destacando que o petróleo tem natureza jurídica de bem público de uso especial, conectado ao cumprimento dos objetivos fundamentais contidos nos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição do Brasil.

1 A ADI 3273-9-DF do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é, segundo o art.102, *caput,* da Constituição do Brasil (BRASIL, CF, 2017), o guardião da constituição. No exercício de sua competência, por exemplo, tem reconhecido a "prerrogativa extraordinária de reformulá-la" (STF, 2008). Decorre daí ter entendido pela constitucionalidade do art.26, *caput*, da Lei nº 9.478/97, no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3273-9 DF/STF, impetrada pelo Governador do Estado do Paraná, Rubens Requião.

Na ocasião, a maioria dos ministros do STF acompanharam o voto elaborado, após pedido de vista, pelo ministro Eros Grau, na sessão plenária realizada em 16 de março de 2005. Vencidos os ministros Ayres Britto (relator originário) e Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal admitiu a transferência da propriedade da lavra do petróleo a particulares, mediante concessão, não sendo o contratado, porém, quando proprietário, titular de sua livre disponibilidade(BRASIL, STF, 2007).

Na interpretação do art.26, *caput*, da Lei Petróleo, a Suprema Corte considerou que ao judiciário não cabia interferir no mérito das escolhas políticas. Considerou que sua decisão tinha o propósito de preservar o *status quo* criado pela Emenda Constitucional nº 9/95 (que retirou o privilégio exclusivo da União em relação ao petróleo).

No voto vitorioso, redigido pelo ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal admitiu "[...] que a propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art.176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo

de produção capitalista"(STF, 2007). Essa decisão sustentou que sob o regime jurídico do petróleo e do gás incide o mesmo regramento genérico previsto para os demais bens minerais do art.176 da Constituição, com a reserva de que aqui há uma distinção entre a atividade e propriedade do bem, uma vez que a comercialização do bem mineral petróleo é administrada pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) (BERCOVICI, 2015, p. 565-588).

Partindo da pressuposição de que a Constituição do Brasil enumera atividades que constituem o monopólio da União (art.177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art.20), bem como que o desenvolvimento de suposta atividade dispensa o domínio da propriedade dos bens de produção, o STF entendeu que a propriedade sobre o produto da exploração pelo concessionário é plena, desde que precedida de concessão de lavra regularmente outorgada.

Sem que assim fosse compreendido o dispositivo do art.177, §1º e §2º da Constituição, segundo o ministro Eros Grau, "[...] a concessão seria materialmente impossível"BERVOVICI, 2015, P .565-588), tendo em vista que a EC nº 9/95 não só relativizou o monopólio estatal do petróleo, como pretendeu privatizar a Petrobras(grau, 2010, p. 295).

Para o ministro Eros Grau, a EC nº 9/95 tornou relativo o monopólio do petróleo no Brasil. Para ele, retirou-se do texto constitucional "[...] a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie (petróleo) ou em valor (dinheiro)"(STF, 2007).

Isso pode ser perfeitamente notado, de acordo com Grau, em virtude da definição de empresa realizada pelos juristas nos moldes da teoria econômica, como "[...] organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias, mais precisamente, das exigências do mercado geral"(grau, 2010, p.299-300). Nesse sentido, empresa é definida segundo o exercício de dada atividade produtiva; atividade produtiva, é entendida como "[...] série

coordenada e unificada de atos em função de um fim econômico unitário", sendo essa atividade manifestada economicamente na empresa e exprimida juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou condições de seu exercício(GRAU, 2010, p.300).

Para o ministro Grau, empresa [=atividade] não pode ser confundida com o complexo de bens que possibilita seu desenvolvimento [=estabelecimento] (GRAU, 2010, p.300). Conseguintemente, a propriedade de produtos ou serviços de determinada atividade não pode estar absorvido pelo monopólio do desenvolvimento de atividades econômicas.

Para o ministro Grau, isto autoriza concluir que o monopólio petrolífero instituído pela EC 9/95 não é absoluto(GRAU, 2010, p.302), tendo em vista haver distinção entre monopólio da atividade e monopólio da propriedade; tendo em conta o Estado brasileiro monopolizar essa atividade.

Sem embargo disso, o ministro Grau acrescentou que a concessionária a que se refere dos §§ 1º e 2º do art.177 não está regida pelo disposto no art.176 da Constituição (dos demais bens minerais). Ao contrário, a previsão legal é de que o concessionária do art.177 possui tratamento diferenciado(STF, 2007).

Para o ministro Grau, no que diz respeito ao art.177, nem sequer há realisticamente concessão, eis que essas empresas estatais ou privadas submetidas ao §1º do art.177 da Constituição são titulares de um "tipo de propriedade" diverso do previsto pelos demais bens minerais(STF, 2007).

Isto porque, diz Grau, que propriedade não existe; o que existe são propriedades relacionadas entre si que formam um conjunto de instituições ligadas a diversos tipos de bens. Todas essas instituições jurídicas estão subordinadas a determinado regime, do qual o art.176 e os §§ 1º e 2º, do art.177 se apartam(GRAU, 2010, p.303-305). A implicação disso, contudo, não permite concluir que em relação aos primeiros diga-se que o direito de propriedade é mais amplo que as do segundo, sendo lícito afirmar que a propriedade de um é menos ampla que a do outro(GRAU, 2010, p.304-305)).

Nesse sentido, para o relator Grau, tão só decorre do art.176 e do art. 20, IX, da CF, que, na ausência de restrição explícita, à concessionária é garantida a propriedade pelo produto da exploração, a menos que esta não esteja precedida de concessão licitamente outorgada.

Por outro lado, o ministro Eros Grau sustentou que o petróleo tem natureza jurídica de bem dominical (art.99, CC), não constituindo a sua afetação legítimo impedimento para a sua inalienabilidade (BERCOVICI, 2011,p.288). Seria, portanto, por definição, o petróleo, um bem público exaurível, " [...] *pues tendrían una finalidad que implica su utilización, por lo tanto, su alienación*"(BERCOVICI, 2015, p.572).

Essa parte do acórdão do STF é interessante, porque leva a crer que a natureza jurídica do *bem petróleo* decorre do tipo de contrato adotado.

Outro ponto de destaque da decisão diz respeito aos argumentos consequencialistas de alguns dos ministros. O voto do ministro Joaquim Barbosa deixa isso claro. Em sua visão, "[...] a concessão configura aquilo que um célebre jurista francês do início do século XX caracterizou como uma *mariage de raison* "(STF, 2007). Segundo ele "[...] o que tem de ser sopesado com essa suposta *largesse* são as contrapartidas que o Estado brasileiro extrai desses contratos"(STF, 2007).

O restante do voto do ministro Joaquim Barbosa também autoriza concluir que a natureza jurídica bem público do petróleo é definido não em virtude do art.20, IX e art.176, *caput* da Constituição, mas da tipologia contratual a que corresponde a extração do petróleo (de acordo com os §§1º e 2º do art.177, CF e art.26, *caput* da Lei nº 9.478/95). Exemplo: conforme o ministro Barbosa, o modelo empreendido pela EC nº 9/95 é o da "flexibilização", cuja correspondência encontra amparo em um modelos mais comuns de exploração do petróleo (a concessão tradicional; os contratos de partilha de produção; os contratos de serviços; os contratos de prestação de serviço com cláusula de risco;

as modernas licenças e os *leases* norte-americanos) STF, 2007). De acordo com o ministro, a adoção feita pela Lei nº 9.478/97 é a de concessão. Decorre daí, para ele, o que diz a Constituição brasileira no art.177,§2º (ou seja, o fato de o *bem petróleo* dever pertencer à concessionária).

Nos votos dos ministros Celso Velloso e Nelson Jobim também fica evidente essa interpretação (a de que natureza do *bem petróleo* resulta não da CF, mas da Lei nº 9.478/97 e de "opções políticas" da EC nº 9/95),(STF, 2007). O ministro Cezar Peluso voto é do mesmo entendimento, ao prelecionar que os enunciados do artigo 20, V e IX, não se revestem de caráter absoluto, porquanto relativizados pela EC nº 6/95 (que reformulou o art.176, *caput* da Constituição para atribuir a propriedade da lavra dos demais recursos minerais ao concessionário) e pela EC nº 9/95(STF, 2007).

Voto vencido, o ministro Marco Aurélio sustentou que a Suprema Corte errou ao interpretar a Lei nº 9.478/97 em detrimento da Constituição. Em outras palavras, em afronta à unidade e a supremacia constitucional.

Para o ministro Aurélio, a ter que prevalecer a ideia de que a Constituição partiu do extremo monopolismo para a erradicação da concessão da propriedade da lavra explorada aos particulares, não haveria de se falar em monopólio, e sim em "autorização administrativa",(STF, 2007).

Isso implica, para o ministro Marco Aurélio, que, "[...] terminada a fase de pesquisa e de exploração, uma vez descoberto o campo, a contraente já prestou o serviço para o qual foi contratada, podendo retirar-se da área ou nela continuar, sem perda, pela União, da propriedade alcançada", (STF, 2007).

Ele também ressaltou que o petróleo jamais poderia ser classificado como "bem público dominical". Segundo ele, a União não pode dispor de sua propriedade, e aliená-lo, por sua vontade, visto que tais bens estão afetados a uma destinação específica(STF, 2007). Para ele, a instituição do monopólio contido no art.177 da

Constituição se dá para preservar o interesse público e a soberania nacional.

O voto do ministro Ayres Britto comungou da mesma compreensão. Teve considerações de ordem filosófica e considerou que flexibilizar o monopólio é diferente de erradicá-lo. Para o ministro Britto, o petróleo brasileiro pertence à nação e só nominalmente está em poder da União, por constituir bem mineral vinculado aos objetivos constitucionais e aos imperativos do mercado interno.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, chancelou o entendimento do relator do acórdão, ministro Eros Grau. Compreendeu que a Lei do Petróleo pretendeu privatizar a Petrobras e flexibilizar o monopólio petrolífero, atribuindo a propriedade das jazidas às empresas contratadas para as atividades de pesquisa e extração.

2 Críticas à ADI 3273-9 do Supremo Tribunal Federal

Como dizia Carl Schmitt, soberano é quem decide sobre a exceção (SCHMITT, 2009, p.14). O caso excepcional, portanto, é aquilo que não está previsto pela ordem jurídica vigente, que pode ser qualificado como um caso de extrema necessidade ou um perigo iminente ao Estado(SCHMITT, 2009, p.14).

O estado de exceção (*Ausnahmezustand*) se justifica pela situação de ameaça a unidade política, por isso, é ilimitado (BERCOVICI, 2013, passim). O soberano constitui na capacidade (competência) tanto jurídica quanto de política de decidir sobre a exceção, visto que ele pode estar fora da ordem jurídica vigente sem dela deixar pertencê-la, "[...] *puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida in tott,* (SCHMITT, 1992, p.14).

Não se trata, contudo, "[...] *de una competencia en el sentido que el término tiene dentro el sistema del Estado de derecho*", (SCHMITT, 1992, p.14). A Constituição pode até assinalar quem está

autorizado a atuar em tal caso. Se esta atuação não está submetida a controle algum e nem dividida entre diferentes poderes que se equilibram de modo recíproco, aí está o soberano(SCHMITT, 1992, p.14). É ele quem decidirá se o caso se trata ou não de uma necessidade, bem como o que deve ser feito para dominá-lo(SCHMITT, 1992, p.14).

Essa competência, todavia, consiste em uma previsão totalmente alheia ao direito, que pode ser jurídica ou não. Para Carl Schmitt, em todo caso, "[...] *decidir si se puede o no eliminar el caso excepcional extremo no es un problema jurídico*"(SCHMITT, 2009, p.16). Mas, é precisamente neste ponto – ou seja, na exceção – que a "essência" da soberania é traduzida, (BERCOVICI, 2004, passim) .

Para Agambem, em *Polistische Theologie,* Carl Schmitt faz uma distinção fundamental entre norma (*Norm*) e decisão (*Entscheidung, Dezision*), pois ele sabe que na anulação (*vernichet)* da norma o estado de exceção revela (*offenbart*) com absoluta pureza um elemento especificamente jurídico: a decisão(AGAMBEM, 2004, p. 56).

Entretanto, norma e decisão continuam no âmbito jurídico (*im Rahmen des Juristischen*), formulando o sentido aporético de que, na exceção, é conservada uma determinada ordem, ainda que hipoteticamente "não jurídica", (AGAMBEM, 2004, p. 54).

Por isso, segundo Agambem, a doutrina do estado de exceção schmittiana constitui uma doutrina da soberania(AGAMBEM, 2004, p. 11-19, 56 e 61-63).

Ora, embora o soberano decida sobre a exceção, ele segue ancorado à ordem jurídica. Porém, uma vez que a decisão corresponde à anulação de uma norma, na busca de uma ordem que "não está nem fora e nem dentro", o soberano está ao mesmo tempo fora (*steht ausserhalb*) da ordem jurídica válida e, contudo, dentro (*gehört*), porquanto decidiu sobre a suspensão da constituição(AGAMBEM, 2004, p. 57).

Isso significa, conforme Agambem, que para Carl Schmitt a oposição entre norma e decisão é algo irredutível, resultando que

nunca a decisão será deduzida da norma sem deixar resto (*restlos*). Ou seja, a ponto de esvaziar a ordem jurídica.

Na formulação de Agambem, "[...] na decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma" (AGAMBEM, 2004, p. 58). Em outras palavras, Agambem quer dizer que, mesmo na exceção, sempre deve-se criar situações em que possam "valer" (*gelten*) normas jurídicas(AGAMBEM, 2004, p. 58).

Essa é a justificativa pela qual o estado de exceção não constitui um direito especial (como o direito de guerra), mas um *conceito-limite*, no qual "suspensão" e "criação" do direito vêm à tona(AGAMBEM, 2004, passim). Por esse motivo, em Carl Schmitt essa relação dentro/fora do estado de exceção adquire uma complexidade topológica, visto que o que está em causa é o verdadeiro limite do ordenamento(AGAMBEM, 2004, p. 11-19 e 58-59). Em última análise, como diz Agambem, "[...] a exceção é o caso excluído da norma geral, mas está fora da relação com a norma" (AGAMBEM, 2004, p. 47). Este, portanto, é o contexto em que o estado de exceção cria(rá) a situação mediante a qual o direito pode(rá) valer(AGAMBEM, 2004, p. 56-58).

O estado de exceção, contudo, não representa uma lacuna do ordenamento. Segundo Agambem, o juiz não elabora um direito de crise, bem como não preenche lacunas jurídicas em tempos normais(AGAMBEM, 2004, p. 48-49). Com efeito, "[...] o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal" (AGAMBEM, 2004, p. 48). Quer dizer, "[...] a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta" (AGAMBEM, 2004, p. 25).

Disso deriva a diferença – e não a distinção – entre estado de exceção e estado de necessidade (*status necessitatis*). Com efeito, o adágio romano segundo o qual *necessitas legem non habet*, de Graciano, é totalmente incompatível com a exceção.

Ora, o estado de exceção diz respeito à própria suspensão da ordem jurídica válida. O estado de necessidade apenas torna lícito o ilícito por força de uma circunstância, que cessa quando ausente sua causa(AGAMBEM, 2004, p. 42-46). Recorde-se: o estado de exceção não trata de um direito especial, uma vez que não é um.

No caso da ADI 3273-9/DF, o Supremo Tribunal Federal dispôs tanto de capacidade (competência) jurídica (lícito/ilícito) como política (sim/não) para decidir (*Entscheidung, Dezision*) sobre a constitucionalidade do art.26, caput da Lei 9.478/97. Tal como mencionado no acórdão do STF, "[...] a propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art.176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista"(STF, 2007).

Esse, o modo de produção capitalista (MPC) de que trata os preceitos contidos no art.176 e §§ 1º e 2º do art.177, constitui a base e ao mesmo tempo produto da ordem jurídica constitucional (art.170, *caput*) – o mercado. Entretanto, o mercado surge antes como uma instituição social que jurídica, pois corresponde a uma circunstância história, econômica e ideológica, que assegura do cumprimento de determinados interesses de grupos sociais ocupantes de uma estrutura poder(GRAU, 2010, P; 33-37).

Como observa Grau a respeito de Marx: "[...] as mercadorias não surgem sozinhas no mercado e nem se intercambiam por si sós" (GRAU, 2008,P;123). Sob tal pressuposto é instituído o Estado burguês de direito, para trazer, justamente, regularidade e previsibilidade às obrigações contratuais(GRAU, 2008, P; 120-121).

Nesse sentido, o mercado constitui um *locus natutalis* tangido por um *locus artificialis,* o direito(GRAU, 2010, p. 28). A ordem econômica do mercado também possui leis, mas estas, sem a presença da ordem jurídica, trazem "[...] grandes e permanentes males" (GRAU, 2010, p. 28). Nesse sentido, "[...]sem a calculabilidade e a previsibilidade instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir" (GRAU, 2010, p. 30).

Por seu turno, o capitalismo supõe que sob a ótica de suas relações econômicas incidam cálculos que permitam "a livre circulação mercantil" (GRAU, 2010, p. 28-33). O cálculo econômico e a racionalidade são inerentes ao modo de produção capitalista(GRAU, 2010, p. 29-30), pois este visa ao acúmulo e à concentração do excedente[61].

Com efeito, vale lembrar Avelãs Nunes quando sublinha que "[...] a intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, como **um princípio de segurança (grifo)**" (GRAU, 2010, p.33, NUNES, 2007, P.120-122). Não à toa Bercovici sustenta que na exceção se invoca a salvaguarda do Estado no sentido da salvaguarda da constituição, para justificar, não obstante isso, uma violação à constituição (BERCOVICI, 2013, p.46).

Isso porque, para Bercovici(2013,p.46), a constituição é violada para salvar o regime. Da garantia do Estado passa-se para a garantia/defesa da constituição.

Em outras palavras, para Bercovici, significa que a evolução do sistema de exceção do século XX vai transformar-se, progredindo, desde a violência aberta, como o fascismo, "[...] à sutil elaboração de uma constituição desvinculada do Estado e do poder constituinte do povo, mas instituidora da ordem do mercado" (BERCOVICI, 2013, p.46).

Desse modo, o estado de exceção passa a ser empregado na garantia da constituição e, correspondentemente, na garantia do capitalismo.

---

[61] Nesse sentido, Eros Grau apropria-se de Marx. Isto porque, o modo de produção capitalista (MPC), segundo o autor alemão, compreende três estágios, no qual, em um primeiro momento, o capitalista aparece como comprador das mercadorias e do mercado de trabalho (D-M); depois, ele mesmo atua como produtor capitalista de mercadorias e seu capital passa a percorrer o processo de produção (entretanto, a mercadoria não pode ter pior valor que seus elementos de produção); posteriormente, o capitalista volta ao mercado como vendedor para que sua mercadoria se converta em dinheiro ou configure novo ato de circulação M-D. Assim, o ciclo do capital monetário configura-se em: D – M ... P ... M' - D', no qual os pontos designam que o processo de circulação está interrompido e M' e D' designam o M e D acrescidos de mais-valia. Cf. MARX, Karl. *O Capital*: o processo de circulação do capital. Coordenação e revisão Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R.Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.25.

Como destacou o acórdão da ADI 3273-9 do STF, a constitucionalidade do art.26, *caput* da Lei 9.478/97 se deu em virtude do pertencimento do mercado petrolífero ao modo de produção capitalista (MPC). De fato, o Modo de Produção Capitalista (MPC), calcado não apenas na calculabilidade e na previsibilidade, mas no cálculo econômico (maximização do excedente), foi debatido em toda extensão na ADI 3273-9/DF do STF, constituindo verdadeira *ratio decidendi*. É o caso do voto do ministro Joaquim Barbosa:

> [...] Mas é fato incontestável que a lei atacada já produziu inúmeros efeitos jurídicos. Sob sua égide, dezenas de contratos de exploração das jazidas de petróleo já foram firmados pela ANP, muitos deles envolvendo somas de dinheiro cifradas em centenas de milhões de dólares. Milhares de profissionais da área do petróleo atravessaram os oceanos para vir se instalar em nosso país, por força dos contratos e das *joint ventures* que se formaram com o objetivo único de aproveitar a oportunidade de negócios aberta com a flexibilização do monopólio do petróleo. Creio, pois, que devemos ter necessariamente em perspectiva **o princípio da segurança jurídica (grifo)** ao decidirmos a questão posta nesta ação direta. (...) **O que tem de ser sopesado com essa suposta *largesse* são as contrapartidas que o Estado brasileiro extrai desses contratos (grifo)**. E essas contrapartidas, no caso brasileiro, estão longe de ser inexpressivas. Configuram, na linguagem especializada, os chamados *governenment takes*. (...) Segundo afirmam especialistas na matéria, no mundo todo essa contrapartida governamental é em média da ordem de 55% de todo o empreendimento. Ou seja, somados todos os custos do empreendimento, e retirados os impostos de toda ordem, mais os bônus e as participações pagas ao concedente, sobra ao empreendedor privado algo em torno de 45%, ficando os governos com 55%. No Brasil, essa parte governamental sobe para 60% (STF, 2007).

Isso também pôde ser notado nos votos dos ministros Nelson Jobim e do Eros Grau, de modo que é lícito concluir que a norma aplicou-se à exceção desaplicando-se, ou seja, retirando-se desta.

Portanto, a decisão política (*Entscheidung, Dezision*) residente no acórdão da ADI 3273-9 do STF traduziu o próprio significado constante do art.102, *caput* para a Constituição do Brasil.

Apesar disso, a decisão do STF e, em geral, "[...] *el caso excepcional, sigue siendo accesible al conocimento jurídico, porque ambos elementos – la norma y la decisión – permanecen dentro del marco de lo jurídico*"(SCHMITT, 2009, p. 18).

Ora, mesmo quando decide sobre a exceção e impõe medida para dominá-la, o Supremo Tribunal Federal, posto que decidiu, não refoge ao limite previsto pela ordem jurídica, "embora tenha saído" com a desaplicação da norma, visto que deliberou sobre uma situação em que o direito deixou de valer.

É por isso que Agambem afirma que no estado de exceção, "[...] a ideia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um 'mitologema jurídico', análogo à ideia de estado de natureza " (AGAMBEM, 2004,p.17). Não à toa, admite Agambem, Carl Schmitt utilizou-se deste recurso epistemológico.

Agora bem, recorde-se que para Carl Schmitt todas as palavras empregadas carregam consigo caráter notadamente polêmico(SCHMITT, 2012, p 56-57), decorrendo daí a ideia de decisionismo.

No caso da ADI 3273-9/DF, estas expressões são correntes, por exemplo: "propriedade", "democracia", "segurança jurídica", "recursos minerais", "valor", etc(STF, 2007). Ora bem, todas elas simbolizam o caráter político por via da qual a polaridade "amigo-inimigo" perpassou o julgamento, se bem que presentes em nossa linguagem ordinária, como uma espécie de enviesamento linguístico-ontológico.

Outrossim, recorde-se que nem a solenidade, tampouco *la publicité de la discussion,* enquanto "ideias reguladoras" do pensamento liberal, servem para atenuar a discricionariedade política da guarda judicial da constituição para Carl Schmitt[72].

[72] Como declara Carl Schmitt: "[...] *Si nos tomamos la pena de hojear, por ejemplo, un libro como 'Historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos' de Warrens, encontraremos, a pesar de la importância de las decisiones de este Tribunal, argumentaciones vacilantes y minorías importantes de jueces, vencidos em votació, que han formulado voto particular: las llamadas 'decisiones de cinco hombres contra cuatro' o de 'un hombre solo' acaecen com frecuencia, aunque acaso son criticadas conn exageración. Ello permite disipar, por lo menos, la candorosa creencia de que la argumentación de tales*

Não obstante isso, ressalte-se que tal prerrogativa quanto ao caráter político do tribunal constitucional não é algo exclusivo de Schmitt. Kelsen declara, *e.g*, no capítulo VI da edição espanhola à Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre),* que a questão acerca de qual possibilidade dada a uma norma seja justa não constitui algo que possa ser dirigido para o direito positivo, pois não é um problema técnico-jurídico, senão um problema *político-jurídico*, admitindo-se, como condição de verdade, que o juiz **"cria o direito (grifo)**" e é relativamente livre nesta função(KELSEN, 1946,p. 135-136).

É por isto, segundo Kelsen, que, precisamente, "[...] *la elaboración de la norma individual en el procedimento de ejecución de la norma individual en el procedimento de ejecición de la ley es una función de la voluntad, en tanto que con ella se llena el marco de la norma general*" (KELSEN, 1946,p.136), (KELSEN, 1946, p. 135-136). Por tudo isso, afirma Kelsen, "[...] *Los comentarios 'científicos' en que debe apoyarse la actividad de ejecución de la ley tienen un carácter absolutamente político-jurídico, son propuestas para conciliar las diversas partes de la legislación, son tentativas de influir en la función de creación jurídica de los tribunales*" (KELSEN, 1946,p. 135-136).

De todo modo, isto é o que compreende a definição do art.102, *caput* da Constituição do Brasil. Como tal, ressai da Constituição brasileira, que outorgou, ao STF, a competência de interpretá-la, com base e em virtude de sua **normatividade**. Ora, são nestas constituições normativas que Bercovici ressalta que as questões de hermenêutica se superpõem as de política. Não por acaso, haja a necessidade de uma sociedade pluralista de intérpretes(BERCOVICI, 2013, passim).

Desse modo, "as opções políticas" não deviam pertencer ao Judiciário, mas ao Legislativo[77]. Acontece que, no contexto da ADI

decisiones no tiene más objeto que transformar una transgresión constitucional hasta entonces dudosa, enn outra que sea clarísima para todo el mundo" SCHMITT, Carl. *La defesa de la Constitución*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998, p.90.

[77] A aferição de validade da norma decorreu do sistema de direito positivo, segundo o modelo de compatibilidade constitucional de regras com a Constituição do Brasil. A respeito de critérios de

3273-9 DF, à margem do texto do art.177,§1º, CF, o STF declarou que a propriedade de que trata o art.26, *caput* da Lei 9.478/97 decorre da "opção política" feita pelo legislador ao longo da EC nº 9/95. Exemplo disso pode ser extraído do voto do ministro Eros Grau:

> Apropriação direta ou indireta – enfatizo – no quadro das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado, a opção por uma das quais, efetivamente consubstancia, como anteriormente afirmado, uma escolha política. O que não cabe é reduzir as contraprestações com empresas estatais ou privadas, nos termos do §1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, ao modelo de prestação de serviços.(STF, 2007).

Com efeito, consistindo esta decisão judicial do STF numa "decisão" sobre qual teria sido a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) com a relativização do monopólio petrolífero, decorre daí uma desaplicação da ordem jurídica (norma=Direito). De outra maneira: corresponde tal decisão (*Entscheidung, Dezision*) em um autêntico estado de exceção (SCHMITT, 2009, p. 14-19, BERCOVICI, 20132, p. 37-43 e 327-343).

Para Bercovici(2013, passim), isto caracteriza o estado de exceção econômico. Neste, os poderes constitucionais estão submetidos à ordem econômica dos mercados e em favor deles fundamentam suas decisões, a fim de salvaguardá-los, com a adaptação do direito doméstico aos interesses do capital financeiro.

Ora, que entre o mercado e a ordem jurídica possa haver, suma e permanentemente, no capitalismo periférico, um conflito que consiste no estado de exceção econômico, não se sabe; o que se sabe é que a ADI 3273-9 do STF constitui uma decisão que, em si, extrapola a ordem jurídica válida e para cujos efeitos ao fato econômico pode servir, consubstanciando, conforme isto, o "estado de exceção econômico" (BERCOVICI, 2013, passim).

---

conflito de normas no direito positivo moderno, Cf. MÁYNEZ, Eduardo García. *Introduccion al estudio del derecho*. 32 ed. Editorial Porrua, S.A, 1980, p.351-355.

Na medida em que, portanto, pode ser localizado o "kenomatico", aí, pois, está o estado de exceção(AGAMBEM, 2004, p.17). A bem da verdade, este constitui "o vazio de direito", "o ponto de indiferença"(GRAU, 2016, p. 127-'28) no qual tudo pode valer (*gelten*), em sua legítima "indistinção"(AGAMBEM, 2004, p. 17-19). Trata-se, entretanto, não de um conceito em relação ao qual o direito é estranho, porquanto é um *conceito-limite*(SCHMITT, 2009, p. 13*)*. É, portanto, a característica da qual o soberano tem disposição para decidir. Como visto, essa situação é de toda alheia ao direito positivo, sendo, posto que imprevisível, um caso *de per se* excepcional(SCHMITT, 2009, p. 13).

Considerações finais

Pelo exposto, a ADI 3273-9-DF julgada pelo Supremo Tribunal Federal configura estado de exceção.

Ela pode ser definida assim graças à noção pura de exceção desenvolvida por Carl Schmitt. No estado de exceção (*Ausnahmezustand)*, o soberano tem inteira disposição para decidir sobre a suspensão do direito, situando-se, ao mesmo tempo, dentro (*gehört*) e fora (*steht ausserhalb*) do ordenamento jurídico. Para isto, contudo, ele deve reunir poderes singulares para decidir (*Entscheidung, Dezision*). Esta previsão está contida no art.102, *caput* da Constituição do Brasil.

Desse modo*,* quando defende a Constituição, o Supremo Tribunal Federal não está imune a nenhum contrafeio e tem capacidade suficiente para decidir. Como, precisamente, a constitucionalidade do art. 26, *caput* da Lei nº 9,478/1998 está sob sua esfera de atribuições, ele detém autoridade para deliberar acerca da suspensão das normas previstas pelos art.22, IX e art.177 e §§ da Constituição do Brasil. Aí, portanto, como soberano: pois soberano é quem decide sobre a exceção.

É, por isto, na exceção, que reside a essência da soberania. A exceção é um conceito-limite, ilimitado, em virtude do qual o

soberano, ao decidir, sobre a norma (*Norm*), permanece no âmbito jurídico (*im Rahmen des Juristischen*), embora dele tenha saído, como um mitologema jurídico – um estado de exceção.

Ressalte-se: o petróleo integra o patrimônio nacional, sua titularidade está atribuída nominalmente à União, por força do art.22, IX, e sua destinação específica está vinculada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

À vista disso, não há direito, absoluto ou relativo, do concessionário sobre a propriedade do petróleo a partir do ponto de medição da superfície. Tal propriedade do petróleo está inçada de "deveres constitucionais", previstos pelos arts.3º, 170 e art.213, CF. Esta consideração se sobrepõe a toda discussão hermenêutica e diz respeito, antes de mais nada, à manifestação de vontade do próprio poder constituinte. Só a ele cabe decidir (*Entscheidung, Dezision*), como diz Bercovici, sobre o estado exceção (*Ausnahmezustand*).

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. versão atualizada até a emenda n. 93/2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >> Acesso em 14 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 26603. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento em 04/10/2007. Tribunal Pleno. Data de Publicação no Dje-241 18-12–2008 PUBLIC 19-12P-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846 >> Acesso em 14 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3273-9-DF. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para acórdão: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 16/03/2005. Tribunal Pleno. Data de Publicação no Dje de 02-03-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2236044>> Acesso em 14 de abril de 2017.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quartien Latin, 2011.

_____. Petróleo y Soberanía Energética en Brasil. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña*, v.19, p.565-588, 2015.

_____. *Soberania e Constituição*: Para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Por que Tenho Medo dos Juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*: introducción a la problemática científica del derecho. Traducción Jorge G. Tejerina. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A, 1946.

MARX, Karl. *O Capital*: o processo de circulação do capital. Coordenação e revisão Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R.Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introduccion al estudio del derecho*. 32 ed. Editorial Porrua, 1980.

NUNES, José Avelãs. *Do capitalismo e do Socialismo*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SCHMITT, Carl. *La defesa de la Constitución*. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *O conceito do político*. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Teología Política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.