

Thiago Guerreiro Bastos
Alessandra Dale Giacomini Terra
Lilian Cazorla Do Espírito Santo Nunes
[Organizadores]

Coleção
Direito Público
em Debate

DIREITO Público

Constituição, Estado e Instituições


Hipótese
EDITORA

Catálogo na publicação
Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

D598

Direito Público em Debate: Constituição, Estado e Instituições/
Thiago Guerreiro Bastos (Organizador), Alessandra Dale Giacomini Terra (Organizadora), Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes (Organizadora) – Rio Bonito-RJ: Hipótese, 2021.

(Direito público em debate, V. 1 - Constituição, Estado e Instituições)

Livro em PDF

188 p.

ISBN nº 978-65-995030-4-7

1. Direito Público. 2. Constituição. 3. Estado. I. Bastos, Thiago Guerreiro (Organizador). II. Terra, Alessandra Dale Giacomini (Organizadora). III. Nunes, Lilian Cazorla do Espírito Santo (Organizadora). IV. Título.

CDD 342

Índice para catálogo sistemático:
I. Direito Público

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7>

Thiago Guerreiro Bastos
Alessandra Dale Giacomini Terra
Lilian Cazorla Do Espírito Santo Nunes
(Organizadores)

DIREITO PÚBLICO EM DEBATE
CONSTITUIÇÃO, ESTADO E INSTITUIÇÕES

Coleção
Direito Público
em Debate


Hipótese
EDITORA



Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipoteses.com.br

www.editorahipoteses.com.br

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição NãoComercialSemDerivações 4.0 Internacional - CC BY NC (CC BY-NC-ND). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição reservados à Hipótese Editora. O conteúdo publicado é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). Os conteúdos abordados não representam necessariamente a posição oficial da Editora Hipótese.

Coordenação Editorial

Profª Drª Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Editores

Alessandra Dale Giacomini Terra

Thiago Guerreiro Bastos

Revisão

Paloma Garcia

Projeto Gráfico e Diagramação

Bárbara Terra Queiroz

Conselho Editorial

Profª Drª Andreza Aparecida Franco Câmara

Profª Drª Annelise Caetano Fraga Fernandez

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Netto

Prof. Dr. Gustavo Proença da Silva Mendonça

Profª Drª Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

Prof. Dr. Napoleão Miranda

Prof. Dr. Paulo Brasil Dill Soares

Profª Drª Priscila Leal Seifert

Prof. Dr. Rogerio Borba da Silva

Prof. Dr. Siddharta Legale

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho

AVALIAÇÃO POR PARES - Os textos que compõem esta obra foram submetidos à avaliação por pares, tendo sido este livro aprovado pelo Conselho Editorial da Hipótese Editora.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
--------------------------	----------

CAPÍTULO 1

FEDERALISMO FINANCEIRO E COVID-19: A INSUFICIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 173 DE 2020 PARA MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA FEDERATIVA	13
---	-----------

Thiago Guerreiro Bastos

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c1>

CAPÍTULO 2

A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.....	33
--	-----------

João Alexandre de Souza Menegassi

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c2>

CAPÍTULO 3

O BANCO CENTRAL DO BRASIL E SUA AUTONOMIA: NECESSIDADE E DESAFIOS PARA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL SEGURO E DIGITALIZADO	52
---	-----------

Celso Lopes Seus

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c3>

CAPÍTULO 4

A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS CIDADES DE SÃO PAULO E NOVA IORQUE.....	73
--	-----------

Sílvio Tadeu de Campos

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c4>

CAPÍTULO 5

MONOCRATIZAÇÃO DO SUPREMO E O SISTEMA DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES MONOCRÁTICAS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	89
---	-----------

João Pedro de Oliveira Silva

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c5>

CAPÍTULO 6

AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROCEDIMENTO DE VESTIBULAR..	114
--	------------

Thiago Guerreiro Bastos

<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c6>

CAPÍTULO 7
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO TRATAMENTO DE
DADOS PESSOAIS: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA
DO RISCO INTEGRAL 137

Diogo Magalhaes Moura Rodrigues | Diogo de Calasans Melo Andrade
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c7>

CAPÍTULO 8
A CONTRACONSTITUIÇÃO SCHMITTIANA:
UM ENSAIO PARA SE ESPANTAR COM A TEORIA
CONSTITUCIONAL 153

Siddharta Legale
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c8>

CAPÍTULO 9
USO DE CLOROQUINA: ANÁLISE DA LEGALIDADE E
CONSTITUCIONALIDADE DA ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
SAÚDE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 168

Giovana de Oliveira Fistarol | Alexandre de Oliveira Fistarol
<https://doi.org/10.53012/hipotese.978-65-995030-4-7.c9>

SOBRE O ORGANIZADOR 181

SOBRE OS AUTORES..... 183

APRESENTAÇÃO

De acordo com Karl Lowenstein (1976) é consenso universal a adoção de uma constituição escrita pelos estados modernos a fim de traçar moldura limitadora ao poder político. A constituição se tornou elemento basilar de qualquer Estado, sendo, por isso mesmo, adotada até mesmo em autocracias.

A *popularização* da constituição, por outro lado, demanda um eterno estado de vigilância. É preciso estar alerta para impedir que o sentido empregado ao texto desvirtue valores democráticos conquistados ao longo dos últimos duzentos anos.

A constituição como documento político reflete parte de sua realidade. É nesse sentido que Juan Carlos Alberdi (1915) afirma que a constituição toma como morada o chão que toca; constituição, portanto, não se importa, cria-se em um dado território político e atrai para seu corpo práticas, culturas e esperanças. Isto não significa, contudo, que o documento político seja apenas espelho da realidade social; é amplamente aceito o efeito normativo da Lei Máxima. Cabe à Constituição a pretensão de alterar a própria realidade subjacente.

A grande indagação, talvez, seja como se inicia ou se rompe a ordem posta. Atualmente, aceita-se a Teoria do Poder Constituinte. Para Paulo Bonavides (2004) o poder constituinte é uma teoria política que legitima o poder e se opõe aos fundamentos pretéritos pautados na divindade. A titularidade desta força inaugural dependerá do contexto político-histórico analisado: divindade, monarca, nação, povo, classe, entre outros. Atualmente, entrega-se ao povo a titularidade deste poder (SOUZA NETO, SARMENTO, 2012).

Pelo exposto, não é exagero afirmar que a constituinte é uma potência pré-jurídica ou extrajurídica. A definição dos contornos estatais traçados nesses momentos estrutura uma sociedade que detém direitos e garantias que efetivarão o controle do poder. O Estado Democrático de Direito, criação do homem, busca, em outras palavras, limitar o exercício do poder político da autoridade. Por isso, afirma-se que a Constituição é o instrumento fundamental de controle do processo do poder político (LOEWENSTEIN, 1976)

O jogo político (re)fundacional de um Estado envolve a eleição de regras ou critérios que viabilizarão a escolha daqueles que exercerão

a atribuição política. A força que convoca o poder político fundacional, portanto, tenta influenciar a direção do exercício deste poder (ELSTER, 2000). Contudo, o resultado aponta para um momento de genuína estruturação estatal e não da política ordinária; as autoridades pautam-se mais pelo interesse coletivo e a busca do bem-comum. Essa é a razão pela qual as gerações vindouras são obrigadas a se sujeitar a um ordem ao qual não influenciaram. O *momento* constituinte, o viés de supraindividualidade legitima o respeito ao texto. Somente um ruptura, uma nova fagulha fundacional teria legitimidade para superar a ordem anterior.

Anseia-se com a Constituição que a ordem jurídica seja estruturada. Mas espera-se mais do que isso. A eleição de prioridades, o direcionamento para projetos políticos, ferramentais para se projetar o texto para além da época de sua promulgação. O texto não pode ser aprisionado na *ilusão* do momento constituinte como se fosse um *big-bang* perfeito e acabado. O tempo constituinte não se congela, mas se projeta no tempo. Imperfeições originárias do texto ou distorções que surgem em razão do avanço social, político e econômico demandam correção. Um documento político que não cria flancos que autorizem sua alteração está fadado à sorte das baionetas.

Autorizar a reforma não significa, contudo, alterá-la integralmente ou de qualquer forma. As novas gerações podem e devem adaptar o texto, as instituições e a estrutura do poder político. No entanto, não podem tudo. Compete ao Texto retirar da arena pública temas sensíveis e estruturantes dos valores da Constituição. Vislumbra-se, assim, uma postura *antidemocrática* (HOLMES, 1997).

Cabe ao documento político blindar que maiorias transitórias possam naufragar o projeto democrático da constituição; este é o paradoxo do constitucionalismo e da democracia, pois para que esta floresça é necessário limitá-la constitucionalmente para salvaguardar o pré-compromisso constitucional. É preciso controlar a irracionalidade momentânea, é imperioso impedir que o rompante, a ação imediata, ponha em xeque o futuro.

Falar em Direito Público, Constituição, Instituições e Estado, portanto, é compreender a teoria política que o envolve. No contexto

brasileiro, é entender nossos ciclos pretéritos e defender o atual momento constitucional. É buscar a efetivação, sobretudo, dos objetivos da República por meio do ideal de uma sociedade livre, justa, e solidária, que promove o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, e que visa à diminuição das desigualdades, da pobreza e da marginalização.

Assim sendo, o exercício do poder do Estado, materializado nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como seus temas sensíveis, como a ordem econômico-financeira e a ordem social, são estruturados de modo a estabelecer para as instituições de poder um papel interventivo capaz de produzir igualdade material, em coordenação com a atuação dos agentes privados, na valorização de seus interesses e liberdades.

Vale lembrar, ainda, que a Constituição é o diploma fundamental do ordenamento jurídico, baliza de todas demais normas, à qual se atribui a função de mastro de sustentação da ordem jurídica, essencial para conquista e efetivação de direitos fundamentais, para a estabilidade das relações sociais e do sistema político-institucional.

Portanto, o livro *Direito Público em Debate: Constituição, Estado e Instituições* se estrutura em oito capítulos.

O primeiro capítulo, **FEDERALISMO FINANCEIRO E COVID-19: A INSUFICIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 173 DE 2020 PARA MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA FEDERATIVA** investiga o impacto da pandemia na autonomia das unidades federadas. Falar de forma federativa, portanto, exige a distinção conceitual entre federação e federalismo. Somente ao compreender estrutura e postura é possível analisar criticamente o atual cenário federativo no Brasil. Em um contexto de queda de receitas como fica a autonomia federada? A pandemia reforçou ou atrofiou o poder político das unidades subnacionais? A resposta dada pelo STF na ADI 6341 foi adequada? A LC 173/20 foi suficiente? Como a postura do Legislativo, Judiciário e Executivo influenciam na densificação da forma federativa? Esta é a proposta deste artigo.

O segundo capítulo **A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA** questiona acerca da compatibilidade da Lei de Liberdade Econômica – LLE com a ordem

econômica positivada na Constituição da República. A Constituição de 1988 por ser um texto compromissório, isto é, aberto às diversas nuances políticas e econômicas consegue transitar entre posturas distintas. Por isso, a proposta liberal econômica da LLE não ofende o Texto. Contudo, há um limite interno. As diretrizes econômicas traçadas infraconstitucionalmente têm que observar os valores sociais consagrados pelos constituintes. Sendo a livre iniciativa um valor social este não pode ser subvertido para radicalizações do espectro político. A Lei de Liberdade Econômica se adequa aos valores constitucionais ou o legislador tentou forçar para além da moldura do Texto? Essa é a reflexão proposta pelo autor.

O terceiro capítulo, O BANCO CENTRAL DO BRASIL E SUA AUTONOMIA: NECESSIDADE E DESAFIOS PARA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL SEGURO E DIGITALIZADO interrelaciona direito e economia. O autor faz uma análise descritiva do Banco Central do Brasil e do Sistema Financeiro Nacional à luz dos valores constitucionais. Atual status obtido pelo Banco Central, portanto, lhe confere autonomia e capacidade institucional para enfrentar turbulências que afetem o Sistema Financeiro Nacional. Os últimos 30 anos reforçaram a importância de um Banco Central sólido e com autonomia ou indicam a necessidade de controle político sobre suas ações? O controle da inflação, o avanço digital das operações financeiras como PIX e Open Baking são exemplos que exaltam o Banco Central ou que apontam para excesso de poder nas mãos de uma autarquia federal? A LC 179/21 foi um acerto ou um desvio? São estes pontos que o autor busca refletir e ponderar.

O quarto capítulo A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS: UM ESTUDO DE CASOS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS CIDADES DE SÃO PAULO E NOVA IORQUE fita o avanço tecnológico como instrumento de avanço em determinadas políticas públicas, mas sem deixar de problematizar consequência da era digital sobre dados que podem ser sensíveis. A digitalização governamental, portanto, é uma consequência dos tempos online. Ao delimitar seu trabalho ao Município toma as cidades de São Paulo e Nova Iorque como exemplos de edificações que adotam práticas tecnológicas que coletam dados para otimizar a prestação do serviço. Qual é o papel do Estado ao deter essas informações? Os dados são públicos? Os

dados merecem algum grau de proteção? O autor ao contrapor realidades distintas propõe uma importante reflexão sobre o tema.

O quinto capítulo MONOCRATIZAÇÃO DO SUPREMO E O SISTEMA DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES MONOCRÁTICAS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE propõe uma reflexão sobre deturpações do modelo democrático traçado pela Constituição a partir da ação individual dos Ministros-Relatores. É legítimo que um único Ministro, monocraticamente, decida de forma isolada quando se supunha um processo coletivo? A praxe afeta o equilíbrio e a dinâmica entre os Poderes? A atual constituição abarca esse cenário ou está sendo vilipendiada? O artigo se debruça sobre este importante cenário.

O sexto capítulo AÇÕES AFIRMATIVA EM PROCEDIMENTO DE VESTIBULAR questiona sobre qual critério deve ser adotado para definir se a autodeclaração de um indivíduo é ou não válida. A autor se envereda pelo tema tomando a UERJ, primeira universidade pública a adotar a política de cotas, como referência. Aborda que os editais dos processos seletivos aglutinam critério social com econômico, ou seja, um método que confere um elemento objetivo de fácil aferição por terceiros: hipossuficiência. Afinal, qual melhor caminho para efetivar a política de cota em nível de vestibular: autodeclaração ou heteroidentificação? O trabalho propõe uma reflexão sobre estes parâmetros.

O sétimo capítulo A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL questiona o papel do Estado frente a proteção de dados imposta pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Quem é responsabilizado em caso de vazamento de dados? De posse dessas informações terceiros poderiam cometer ilícitos como crimes financeiros, fraudes, falsos cadastros, abertura de contas, falsificação de documentos, entre outros. O Estado pode ser acionado de forma objetiva? Aplica-se a Teoria do Risco Integral? Não há responsabilidade estatal? Afinal, qual caminho possível? Esse é o ponto de reflexão deste artigo.

O capítulo oitavo A CONTRACONSTITUIÇÃO SCHIMITTIANA: UM ENSAIO PARA SE ESPANTAR COM A TEORIA CONSTITUCIONAL inicia o

fechamento desta obra com um elevado nível teórico ao problematizar o sentido político da constituição à luz da teoria schmittiana. Dessa forma, o autor de forma voraz propõe a impossibilidade da captura autoritária da teoria constitucional contemporânea sob pena de perecimento do Estado Democrático de Direito. Somente assim seria possível tolher que aventureiros tomem a ordem sob suposto pretexto de atender ao anseio do povo.

O capítulo nono **USO DE CLOROQUINA: ANÁLISE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA ORIENTAÇÃO DOS MINISTÉRIOS DA SAÚDE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS** encerra esta obra com uma proposta atual e prática: qual limite para prescrição de medicamento para fim diverso daquele prescrito na bula? É possível que o Ministério da Saúde adote a prática *off label*? Esta postura ofende à constituição e os direitos fundamentais? Há resposta efetiva? Este artigo debate sobre esses limites e influxos constitucionais.

Boa leitura!

Thiago Guerreiro Bastos

Alessandra Dale Giacomini Terra

Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERDI, Juan Carlos. Las Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina. Buenos Aires: La Cultura Argentina, 1915.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. São Paulo: Fórum, 2012.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In Constitutionalism and Democracy. ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. Cambridge, 1997.

ELSTER, Jon. Ulysses unbound. Studies in rationality, precommitment, and constraint. 2000. Cambridge University Press.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Ariel, 1976.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPÍTULO 1

FEDERALISMO FINANCEIRO E COVID-19: A INSUFICIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 173 DE 2020 PARA MANUTENÇÃO DA AUTONOMIA FEDERATIVA

Thiago Guerreiro Bastos
Orcid 0000-0002-4070-610X

INTRODUÇÃO

A forma federativa de estado é uma espécie do estado composto¹ e ganhou novo status a partir da experiência dos Estados Unidos da América com advento da Constituição de 1787. A independência das antigas treze colônias inglesas gerou uma confederação que diante de suas falhas internas rumou para a federação na Convenção da Filadélfia. Nesse sentido, federalismo no contexto estadunidense significa uma forma de centralização política, pois as unidades outrora soberanas tornaram-se apenas autônomas. Além disso, criou-se outra unidade para zelar pelo interesse nacional: União.

O contexto federativo que se desenvolve no Brasil tem outras premissas políticas e históricas, mas seu início, no período colonial, é similar. Em ambas as realidades a distância geográfica gerou o mesmo efeito em porções distintas da América, isto é, a descentralização política². Competia, na prática, às autoridades locais decidirem sobre os assuntos coloniais. Portanto, se nos EUA a Inglaterra incentivou a autogestão, no Brasil a Coroa apenas tolerou a usurpação do poder pelos atores privados em razão da precariedade do poder real em solo brasileiro³.

É possível sustentar que durante o período colonial e imperial havia federalismo ainda que não houvesse federação⁴. A afirmação se mostra possível porque os conceitos de federação e federalismo

1 ZIMMERMANN, 1999, p. 13; BARROSO, 1982, p. 9.

2 BURGESS, 2006, p. 52.

3 FAORO, 2001, p. 162.

4 BASTOS, 1870, p. 14-15; DOLHNIKOFF, 2007, p. 119; COSER, 2008, p. 38.

não se confundem. Ainda que se entrelacem não podem ser vistos como sinônimos.

Nesse sentido, conceitua-se *federalismo* como uma postura do estado federado. Cabe a ele positivar em um documento político interno a ideologia/filosofia favorável à descentralização. Logo, não é uma categoria científica neutra, mas predisposta a tomar o princípio da subsidiariedade⁵ como norte. É sob essa perspectiva que Preston King (1982, p. 20-23) aponta que o federalismo deve ser compreendido como uma doutrina teórica que revela a inclinação do seu intérprete. Sendo um movimento político dinâmico o federalismo pode ser centralizado, descentralizado ou de equilíbrio. As duas primeiras vertentes podem gerar excessos que obstem o funcionamento adequado do Estado, devendo, portanto, seu intérprete buscar o consenso entre esses dois extremos. Ressalta-se, todavia, que o resultado obtido em cada realidade será distinto e impossível de replicar em outras experiências federativas.

O federalismo como uma postura política tende a ser único. Em razão disso, afirma-se que não há padrão ideal federativo a nível global.

A *federação*, por seu turno, é a estrutura do estado composto. É uma categoria que busca a neutralidade, pois almeja ser normativa, descritiva. Compete à federação estruturar as instituições políticas.

De forma figurada é como se a federação fosse um engenheiro que erige a estrutura e o federalismo fosse o arquiteto que compõe internamente os espaços. Coaduna com essa distinção terminológica Michael Burgess (1993, p.3) ao sustentar a suposta neutralidade da federação e o viés favorável à descentralização inerente ao federalismo como ferramental do atingimento do bem-estar coletivo.

Em sentido semelhante, José Alfredo de Oliveira Baracho (1995, p. 50) associa federalismo a um valor, concepção de mundo, visão ideológica e filosófica que busca efetivar a adversidade na unidade. Enquanto isso, a federação busca criar estruturas que possibilitem efetivar a postura das unidades autônomas.

A distinção teórica é relevante porque este trabalho toma o conceito de federalismo e não da federação como direcionamento.

⁵ ZIMMERMANN, 1999, p. 199.

O governo federal tentou por meio da Medida Provisória nº 926/20 centralizar o poder político administrativo ao impedir que as unidades federadas pudessem adotar autonomamente posturas políticas locais e regionais para o enfrentamento da pandemia que fossem distintas daquelas adotadas pela União.

Tal postura foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento das ADI's 6341.

Em outro giro, a Lei Complementar nº 173/20 acenou para um possível reforço do federalismo financeiro por causa da crise econômica causada pela pandemia do Covid-19, mas a deferência financeira às unidades políticas foi contornada por ação direta da União por meio da sua base política no Congresso Nacional.

Este trabalho científico toma como *problema* de pesquisa a centralização financeira como obstáculo à efetivação do projeto federativo constitucional. Por conseguinte, a *hipótese* aponta para um comportamento centralista do governo central a partir do Congresso Nacional para centralizar as decisões políticas e diminuir o espaço do exercício da autonomia das unidades políticas subnacionais.

FEDERALISMO E O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE 2020

O ferramental teórico apresentado permite compreender o federalismo como movimento político multifacetado que toma a autonomia como sua principal forma de concretização.

Decanta-se o poder político em três vertentes: poder político administrativo, poder político financeiro e poder político *lato sensu* (elemento de governo, elemento legislativo e elementos organizativo).

Em nossa tradição federativa a faceta do *lato sensu* tende a ser a mais esvaziada politicamente, pois as decisões político-fundamentais do poder organizativo já estão positivadas no texto constitucional, a faculdade legiferante tende a ser limitada à luz as nossas tradições e porque o sistema e formas para eleição já estão traçados na Constituição Federal de 1988.

Superada essa necessária ressalva quanto à restrição do nosso federalismo é importante tomá-lo como instrumento de expansão ou retração da postura da forma federada. Há momentos em que o federalismo se expande, há momentos em que ele se retrai. Essas

variações são esperadas e atuam como juntas de dilatação federativa que tomam a tradição política, mudanças sociais e econômicas para impor o corte da descentralização. Isso assegura um nível de adaptabilidade sem precedentes a esta forma de estado.

O federalismo como movimento político de postura assegura que a descentralização esteja efetivando o bem-estar coletivo em vez de ser um fim em si mesmo.

Há duas visões clássicas do federalismo: dual e cooperativo. O primeiro foi gestado no auge do liberalismo do século XIX. Por conta disso, enxerga as unidades federadas como entes entanques e com faixas de competências muito bem definidas e delineadas. As unidades seriam ilhas sem qualquer conexão entre si e cujos problemas seriam resolvidos unicamente por elas. A partir dos anos 30 do século XX um corte mais integrado e cooperativo passou a ser adotado. As ilhas outrora isoladas e desarticuladas passam a ser vistas como um arquipélago dotado de racionalidade e atuação conjunta a fim de criar um ecossistema federativo que otimiza os níveis de bem-estar.

A nova realidade, estado de bem-estar social, fez com que o federalismo liberal perdesse espaço diante da maior integração e interdependência das unidades, inclusive no campo das competências. Por isso, *“dominante no cenário político, o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição das competências dentre os níveis autônomos de poder”* (ZIMMERMANN, 1999, p. 57). A postura cooperativa abaixa a guarda federativa e expõe às unidades subnacionais a uma maior ingerência do governo federal.

De forma colateral é possível que o federalismo em vez de ser otimizado seja nulificado por meio de uma ação antifederativa da União ao impor uma postura unilateral a partir do centro. Nesse sentido, a coordenação se torna, na verdade, em uma subordinação que por si só anula o potencial político. Dessa forma, *“não há verdadeiro ou legítimo federalismo de cooperação nas sociedades democráticas, sem audiência às unidades-membros, sem o resguardo da autonomia que estas hão de possuir”* (ZIMMERMANN, 1999, p. 57).

A inexistência de freios internos que impeçam avanços da União sobre o federalismo cooperativo pode, paradoxalmente, ser a

sua própria negação quando o governo central fagocita a autonomia subnacional. O equilíbrio político sob o viés cooperativo, portanto, é bastante melindroso. Não há espaço para um federalismo cooperativo autoritário sob pena de ofender a forma federativa e o Estado Democrático de Direito.

O princípio federativo não comporta imposição unilateral da União sob a alegação de que no viés cooperativo há maior atuação do governo central porque essa postura corrói os laços federativos forjados no documento político. Rompantes centralizadores devem ser rechaçados pelo órgão constitucionalmente eleito como árbitro da forma federativa: Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, o objeto do presente artigo envolve a análise das dimensões administrativas (políticas públicas que geram gastos) e financeiras (obtenção de receitas para efetivar as políticas públicas) da forma federada como meio de efetivação do princípio federativo da forma de estado.

A pedra angular do estado federal é o poder político financeiro consubstanciado no federalismo financeiro. É por meio da autonomia política para aferir receitas (originárias, derivadas, transferidas ou por meio do endividamento público) que os deveres constitucionais serão cumpridos de forma adequada.

A ausência ou fraqueza⁶ do poder político para aferir receitas próprias afeta substancialmente os demais desdobramentos da autonomia. Assim sendo, é importante correlacionar a decisão tomada pelo STF em sede de controle concentrado no tocante às competências federativas em questão sanitária com a edição da LC 173/20.

Analisar o reforço do poder político administrativo por meio da decisão do Supremo desconectado da derrota do poder político financeiro no Congresso Nacional cria uma Vitória de Pirro, ou seja, o pacto federativo ganhou por um lado, mas perdeu por outro. A derrota ocorreu na dimensão que viabiliza o exercício da vitória.

6 Interessante destacar que a estruturação da constituinte em comissões e subcomissões temáticas feitas sem um pré-projeto prévio gerou uma certa desconexão entre a comissão responsável por impor as competências administrativas daquela responsável por aferir as fontes de receita. Há um certo descompasso entre as atribuições administrativas das competências fiscais o que coloca a federação brasileira mais dependente do governo central.

Ter poder para impor gastos sanitários sem aportes financeiros próprios obsta o exercício pleno do poder político e subjugam as unidades periféricas ao governo central. Portanto, vencer no jurídico (STF), mas perder no político (Congresso) cria, na prática, a subordinação dos entes regionais e locais por meio do direito financeiro. É por isso que este trabalho, ainda que não exaustivamente, analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6341 e a edição da LC 173/20.

No campo do poder político administrativo o direito à saúde tem guarida constitucional com faceta integrada, isto é, a prestação de saúde pública compete a todas as unidades à luz da preponderância de interesse sob a ótica do bem-estar. Desse modo, os artigos 23, II; 24, XII; 198, I e 200, II entrelaçam o agir político da União, Estado-membro, Distrito Federal e Município tanto no aspecto administrativo quanto legislativo sob a forma de competência concorrente.

Compete ao governo federal traçar uma política ampla e geral e às unidades subnacionais executá-la em suas circunscrições de acordo com suas necessidades e peculiaridades; cria-se um espaço de governança conjunta que somente pode se desenvolver adequadamente em ambientes democráticos e com deferências à cooperação federativa.

Por ser um tema de atribuições sobrepostas é preciso, acima de tudo, que a ação política das unidades se pautem na boa-fé e na lealdade federativa. Eventuais desarmonias serão dirimidas junto ao poder judiciário para manter o equilíbrio federativo.

A pandemia do COVID-19⁷ colocou em xeque o poder de reação das democracias ocidentais, principalmente os estados federados que multiplicam os centros de poder. O cenário atípico fez com que as forças políticas editassem leis que viabilizassem o enfrentamento da crise sanitária que se alastrava globalmente.

Nesse contexto, em fevereiro de 2020, o Congresso Nacional editou a Lei 13.979/20 que impôs ações restritivas a direitos fundamentais (locomoção, funcionamento de estabelecimentos, entre outros) para combater a crise epidemiológica. O marco legal original vibrava em consonância com o texto constitucional visto que

7 A Organização Mundial de Saúde – OMS declarou em 11 de março de 2020 que o COVID-19 tinha sido enquadrado como pandemia a nível global o que impunha aos países a adoção de medidas para conter o avanço da contaminação.

competia a cada chefe do executivo adotar as medidas restritivas necessárias⁸.

O governo federal, contudo, ao julgar que as ações subnacionais contrariavam seus interesses políticos e econômicos buscou flexibilizar a lei por meio da Medida Provisória - MP nº 926/20. Desse modo, subordinou as medidas tomadas por Estados e Municípios a um aval federal, pois somente a União poderia determinar quais serviços seriam essenciais, por exemplo. Além disso, buscou restringir que as unidades pudessem decidir sobre o bloqueio do deslocamento interestadual/intermunicipal por meio de rodovias, portos e aeroportos. Submeteu-se, assim, as medidas políticas infranacionais ao aval de Agências Reguladoras, do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça. Em suma, montou-se um cerco à cooperação federativa.

Os acontecimentos narrados ensejaram a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI's 6341 e 6343 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 672. Destas, este trabalho optou por analisar a ADI 6341 por ter sido um paradigma para as demais.

A ação foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em 23.03.20 e ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Em razão do pedido de cautelar, tratando-se de um tema relevante e urgente, o Ministro a concedeu monocraticamente em 24.03.20 submetendo-a ao referendo do Plenário em 15.04.20. A ação teve como fundamento as alterações promovidas pela MP sob argumento de ter incorrido em inconstitucionalidade formal (necessidade de Lei Complementar) e material (ofensa ao pacto federativo).

O Relator acolheu parcialmente o pedido no tocante ao vício material, afastando a alegação formal. Sua decisão assentou-se em dois pontos básicos: 1) Inexistência de inconstitucionalidade formal porque o tema tratado pela Lei 13.979/20 e sua alteração pela MP nº 926/20 toma o art. 24, XII/CF como fundamento. Logo, tem status de lei ordinária e, 2) A lei atacada trata de polícia sanitária administrativa.

A jurisprudência da Corte, RE 658570/MG, é pacífica ao informar que o art. 21, XVI/CF elenca um rol de atuação privativo à União do qual saúde e meio ambiente não fazem parte por força da atuação

8 A título exemplificativo: Decreto 13.587 e 13.577/20 de Niterói, Decreto 4.6980 do Estado do Rio de Janeiro.

cooperativa prevista no art. 23, II/CF. Logo, é imprescindível que a hermenêutica constitucional no tocante à saúde tome como marco a competência comum de atuação coordenada interfederativa. Por isso, o Ministro afirmou que a União não pode obstar a atuação a nível regional ou local sem ofender diretamente o pacto federativo. O arcabouço constitucional impõe ação conjunta e complementar; todas as unidades têm o dever de adotarem medidas protetivas e preventivas de saúde pública que melhor se adequem a sua realidade. Essa postura foi referendada pelo Plenário. A seguir, apresentam-se alguns trechos de votos que apontam a importância do tema e da defesa do federalismo.

O Ministro Alexandre de Moraes referendou a postura do Relator, pois em sua compreensão a constituição politicamente elegeu o tema sob a alçada cooperativa que demanda a observância da predominância do interesse. Desse modo, é defeso ao governo federal o monopólio da atividade administrativa sanitária. Consequentemente, cabe as unidades federadas atuarem harmonicamente sem que ações políticas a nível subnacional sejam incongruentes com posturas federais.

Dito de outra forma, o Ministro Alexandre de Moraes assentou que a atuação conjunta não legitima que as unidades possam tomar *qualquer* ação autônoma sob a ótica do seu interesse, pois as regras constitucionais não permitem o arbítrio. As zonas de incerteza devem ser solucionadas a partir do critério da predominância do interesse político. Somente dessa forma os interesses multifacetados de uma federação trilateral iriam convergir em vez de digladiarem-se entre si.

Nessa toada, portanto, não seria razoável que entes infranacionais obstassem o interesse nacional, aeroportos, por exemplo, assim como não pode a União elencar quais estabelecimentos são ou não essenciais para uma aplicação padrão que não respeita a singularidade de cada unidade. A grave crise exige, antes de tudo, uma maior atuação federativa da União na busca pela articulação. Qualquer comportamento centralista que busque calar a voz dos entes periféricos tende a violar os valores e princípios constitucionais.

Em sentido semelhante votou Ministro Fachin. Afirmou de imediato que a ADI tem como pano de fundo o desenho jurídico

do federalismo e da federação cujo árbitro é o STF. Diante do papel de mantenedor dos laços federativos urge à Corte reconhecer que a alteração promovida pela MP nº 926/20 ofende a constituição se não for interpretada restritivamente. A edição da norma geral pela União rompeu com as balizas gerais, gerando, colateralmente, o escamoteamento da autonomia dos entes subnacionais.

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou, oportunamente, que o Sistema Único de Saúde – SUS efetiva o federalismo cooperativo em seus mais diversos níveis e complexidades. A gestão partilhada não coaduna com a imposição unilateral do governo federal por meio da MP nº 926/20. Por isso, a literalidade das alterações agride o pacto federativo.

Por fim, Ministro Fux alertou que nem mesmo o art. 21, XVIII/CF teria condições de impor uma centralização político-administrativa do sistema de saúde, pois ainda que haja reconhecimento de uma calamidade este dispositivo comporta interpretação sistemática que calibraria seu teor centralista com a proposta federativa na gestão da política sanitária.

O ideal nesse caso, a fim de que os interesses sobrepostos não sejam conflitantes e agravem a crise, por exemplo, seria que as unidades subnacionais consultassem agências reguladoras para que a atuação política fosse melhor coordenada, mas sem teor vinculante de suas sugestões. Com isso, defendeu que a decretação do Estado de Emergência na Saúde Pública não cria um subterfúgio ao pacto federativo, ao contrário, o reforça. A mitigação da autonomia somente se admite diante de um sistema de legalidade extraordinária como é o caso da intervenção federal que não faz jus ao momento. Portanto, compete a cada nicho de governo determinar quais atividades são ou não essenciais à luz da subsidiariedade e da preponderância do interesse.

Vislumbra-se, portanto, que o STF reforçou o poder político administrativo de Estados e Municípios no tocante ao exercício de suas políticas públicas locais para o enfrentamento da pandemia.

FEDERALISMO FINANCEIRO EM TEMPOS DE COVID-19: A LC 173/2020

Conforme apontando, a União não tem legitimidade para atropelar as competências dos demais entes nem mesmo diante de um estado de calamidade na saúde pública⁹ porque o texto constitucional não flexibiliza as regras do pacto federativo nesse contexto.

Assim, a tentativa de centralização administrativa imposta unilateralmente pela União acabou transformando-a em uma agravadora da crise em vez de incentivar uma solução conjunta e articula por meio do Ministério da Saúde.

O dever constitucional de adotar medidas sanitárias adequadas para conter o avanço da pandemia e efetivar o bem-estar e a saúde pública passou a exigir dos cofres subnacionais mais receitas do que dispunham. É preciso levar em consideração que as unidades periféricas sentem mais intensamente uma crise econômica do que o governo federal, pois seu espaço político para endividamento público é estreito.

A queda da arrecadação, própria ou transferida, mitiga o poder de ação subnacional na adoção de medidas sanitárias contra a crise, afinal, sem recursos suficientes o poder político administrativo fica inoperante.

Como é sabido os serviços públicos têm custos. O panorama do COVID-19 minou as fontes fiscais subnacionais uma vez que houve retração econômica e a aplicação de instrumentos tributários para minimizar a situação do contribuinte como moratórias e diferimentos dos créditos tributários. Em razão disso, em maio de 2020, o Secretário do Tesouro Nacional, Mansueto de Almeida, alertou que haveria queda no Produto Interno Bruto – PIB e que o déficit seria de cerca de 700 bilhões de reais¹⁰.

9 Decreto legislativo 6/20 (art. 65 da LRF – estado de calamidade pública com base na mensagem n. 93 encaminhada pelo Presidente), Decreto 10282 e 10292 (regulamentam a lei 13.979/20) precisam ser interpretados à luz dos preceitos constitucionais.

10 Agência do Senado. Com déficit de 9% em 2020, dívida pública pode chegar a 90% do PIB, alerta Mansueto. 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/14/com-deficit-de-9-em-2020-divida-publica-pode-chegar-a-90-do-pib-alerta-mansueto>. Acessado em: 10.08.20

A queda das receitas afeta o federalismo financeiro subnacional (Estados e Municípios) e compromete o poder político administrativo das unidades no combate à crise sanitária. A única via financeira, neste caso, seria o endividamento público de Estados e Municípios que não se mostra viável em razão dos parâmetros da Lei de Responsabilidade Fiscal. Portanto, a única saída efetiva seria um aporte federal que buscasse compensar a perda econômica subnacional. Isto é, a União atuar como articuladora e fiadora do pacto federativo como princípio.

É certo que a queda de receita provocada pela desaceleração econômica colocou a questão federativa em xeque. Aponta-se, oportunamente, que o STF foi até onde pôde (aspecto administrativo), deixando a solução financeira para o debate público e para o Congresso.

A solução para o problema federativo fiscal partiu do Congresso Nacional por meio da LC 173/20 de caráter emergencial e que compensaria as perdas arrecadatórias de Estados e Municípios. O saldo da referida lei poderia ter sido mais adequado e com maior nível de exaltação à autonomia, mas não foi o caso.

Os aportes adotaram critérios fixos que não levaram em consideração as efetivas perdas arrecadatórias subnacionais. Com isso, há restrições à autonomia política dos entes o que compromete, de certa forma, a gestão e atuação no combate à pandemia.

A LC 173/20 foi fruto de intenso debate político entre deputados e senadores. Inicialmente, o projeto de lei de socorro aos entes teve como Casa Iniciadora do processo legislativo a Câmara, pois este órgão deu andamento a um projeto de lei de 2019, “Plano Mansueto”, protocolado como de projeto de lei complementar nº 149. Tratava-se em um projeto antigo, que não regulamentava o COVID-19, mas tratava de temas caros ao equilíbrio fiscal subnacional como refinanciamento das dívidas com a União, operações de crédito e alterações pontuais na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Ao projeto foram incluídas compensações aos entes subnacionais em razão das perdas arrecadatórias. Portanto, o projeto de lei previa que as perdas comprovadas de ICMS (tributo estadual) e ISS (tributos municipal) seriam compensadas pela União. Alerta-se que não se tratava de um valor fixo a ser partilhado, mas compensação das perdas financeiras efetivamente comprovadas durante o agravamento da pandemia com base no período arrecadatório do ano anterior.

Desse modo, o socorro financeiro abarcaria os meses de abril a setembro de 2020 conforme dispunha o art. 2º do projeto de lei¹¹. Essa foi a decisão política dos deputados no tocante a faceta financeira do federalismo; uma postura condizente com o viés cooperativo e que vibrava na mesma frequência do STF no tocante aos fundamentos da ADI 6341.

Diante da articulação ocorrida na Câmara, o governo federal reagiu por meio da área econômica e tentou readequar o projeto de lei no Senado. Houve articulação entre o presidente do Senado (Davi Alcolumbre) e Executivo Federal.

Costurou-se a narrativa dos efeitos nefastos que a medida compensatória pensada na Câmara geraria nas finanças federais. Foi nesse contexto que uma audiência pública instaurada no Senado, com participação do Ministro Paulo Guedes¹², se defendeu a necessidade de um socorro geral às unidades em vez de uma compensação pautadas nas perdas comprovadas.

Sugeriu-se um socorro de 120 bilhões cuja monta não foi explicada e/ou qual critério foi adotado para chegar na cifra. O valor total seria repartido entre as unidades que abarcaria reforço ao SUS, suspensão do pagamento da dívida com a União sem imposição de encargos decorrentes da mora e reestruturação de operações

11 Art. 2º A União entregará nos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2020, observados os montantes, os critérios, os prazos e as condições previstos neste artigo, auxílio financeiro a título de compensação da queda da arrecadação do: I - Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS); e II – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). § 1º O auxílio financeiro de que trata este artigo corresponderá à diferença nominal, se negativa, entre a arrecadação do ICMS e do ISS de cada Estado, do Distrito Federal ou do Município nos meses de abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 2020 e a arrecadação nos mesmos meses do exercício de 2019. § 2º Do montante dos recursos que cabe a cada Estado, a União entregará 75% (setenta e cinco por cento) diretamente ao próprio Estado e 25% (vinte e cinco por cento) aos seus Municípios. § 5º A arrecadação dos tributos referidos neste artigo de cada ente federado, comparada com a do mesmo mês de 2019, será comprovada em anexo ou demonstrativo de apuração da receita corrente líquida integrante do Relatório Resumido da Execução Orçamentária de que trata a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que será, excepcionalmente, publicado e encaminhado ao Ministério da Economia em até 15 (quinze) dias após o encerramento de cada mês, sob pena de adiamento da transferência do auxílio financeiro.

12 Conforme se atesta da reportagem de Rodrigo Baptista para Agência do Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/guedes-pede-ao-senado-aprovacao-de-ajuda-a-estados-com-contrapartidas>

de créditos obtidas pelas unidades junto a instituições financeiras, basicamente.

Em contrapartida, o Ministro defendeu que os entes teriam que readequar suas finanças por meio de um maior controle do gasto público ao se proibir aumento salarial de servidor, impedir criação de cargos, feitura de concursos que implicasse em provimento, entre outras medidas¹³.

Esse foi o mote do projeto de lei complementar nº 39 que tramitou no Senado sob a relatoria do presidente da Casa, algo atípico ao se tratar de processo legislativo. O fato é que a articulação entre Davi Alcolumbre e o governo federal fez com que o presidente do Senado decidisse pensar o projeto de lei complementar de origem senatorial ao projeto aprovado pela Câmara. Tal comportamento desagradou diversos deputados, pois fez com que o Senado ficasse como Casa Iniciadora do processo legislativo, conferindo-lhe, assim, importantes prerrogativas no tocante ao texto final. De acordo com Davi Alcolumbre:

Mantive um debate franco e honesto com o presidente da Câmara dos Deputados, que estava muito machucado com a decisão do Senado. O Senado Federal desautorizou uma votação da Câmara com mais de 400 votos. Quando apensamos a matéria, o Senado passa a ser Casa iniciadora. A gente sabia pela ampla maioria dos senadores que era o caminho acertado. (...) O presidente do Senado destacou por diversas vezes que manteve diálogo com o presidente da Câmara e com a equipe econômica do Executivo, com o aval do presidente Jair Bolsonaro, para construir o texto alternativo e escapar do veto total à proposta, que vinha sendo anunciado pelo governo

Davi Alcolumbre disse ainda que pensou “dez vezes antes” de assumir a relatoria dessa proposta ao ser alertado por senadores sobre um possível desgaste, mas afirmou que “matou

13 O art. 8º/LC 173 traz um extenso rol de proibições impostos às unidades.

no peito” para tentar construir um caminho de conciliação.

— Talvez fosse mais cômodo eu não fazer reunião da Mesa e não apensar projeto nenhum, e colocar em deliberação o projeto da Câmara dos Deputados. Aceitei o desafio e confiei que poderíamos chegar hoje e fazer uma votação histórica¹⁴.

A principal inovação financeira inserida pelo Senado foi a substituição de uma efetiva compensação que tomava como base as receitas do ano anterior por um valor fixo a ser repartido entre as unidades.

A lei estabeleceu um aporte de 120 bilhões fixados da seguinte forma: 1) 10 bilhões para uso em saúde pública dos quais 7 serão distribuídos entre Estados e 3 entre Municípios¹⁵; 2) 50 bilhões para utilização livre dos quais 30 para Estados e 20 para Municípios¹⁶; 3) 50 bilhões indiretos por conta da suspensão e renegociação de dívidas¹⁷ dos entes com a União ou bancos públicos cujo saldo devedor será incorporado ao valor total devido a partir de janeiro de 2022 devidamente atualizados, mas sem os efeitos decorrentes da mora e, 4) 10 bilhões em renegociação¹⁸ de empréstimos feitos com organismos internacionais que contem com a União como seguradora.

A proposta apresentada foi transformada na Lei Complementar nº 173/2020.

14 BAPTISTA, Rodrigo. Ajuda aos estados: Davi pede apoio dos senadores a ‘proposta possível. Agência do Senado, Brasília, 02 de maio, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/02/ajuda-aos-estados-davi-pede-apoio-dos-senadores-a-proposta-possivel>. Acessado em: 13.08.2020

15 Critérios de distribuição foram fixados pela LC 173/20 no art. 5º, §§ 1º e 2º.

16 Critérios de distribuição foram fixados pela LC 173/20 no art. 5º, §§ 3º a 8º.

17 Valores referentes àqueles disciplinados pela Lei 9.496/97 e pela MP 2192-70/01 no contexto da federalização das dívidas e privatizações dos anos 90 para Estados e Lei 13.485/2017 e MP 2185-34/01 para Municípios. Os valores ficam suspensos com mera sanção à lei – Art. 1º, §1º/LC 173

18 Autoriza-se o aditamento dos contratos para efetivar as renegociações das operações de crédito obtidas junto às instituições financeiras. A LC 173 trouxe inúmeras exceções à LRF enquanto perdurar a pandemia e a Emergência da Saúde – art. 3º/LC 173. Dessa forma, a lei impõe que as garantias prestadas pela União sejam mantidas mesmo diante da renegociação promovida por Estados e Municípios.

A INSUFICIÊNCIA DA LC 173/2020 PARA A TUTELA DO FEDERALISMO FINANCEIRO

Com a LC 173/2020, a União não socorreu efetivamente os entes subnacionais, pois o auxílio não levou em consideração as perdas arrecadatórias efetivadas. Dessa forma, a União evidenciou um comportamento antifederativo.

Diversos Estados têm dívidas com o governo federal cuja monta sufoca sua estrutura financeira. Em relação a estes valores a União agiu como qualquer outro credor privado.

Tais comportamento são indícios que evidenciam uma postura do governo federal que antifederativa em vez de ser a unidade que articula a diversidade na promoção da unidade.

O socorro financeiro promovido é questionável sob o primos federativo, pois ao deixar de se pautar em uma efetiva compensação a União rumou para um valor fixado a ser partilhado por meio de critérios adotados na lei. Ou seja, não houve preocupação com a efetiva perda subnacional e seus desdobramentos para as políticas regionais.

Desse forma, não é exagero dizer que governo federal optou por incentivar um federalismo fiscal do *ódio*¹⁹ em vez do cooperativo. Há nítidos sinais de desconfiança entre o todo e as partes.

O teor do art. 5º, §7º da LC 173/20 revela o clima de desconfiança e competição federativa, pois impõe como condição para o recebimento dos recursos que os entes subnacionais renunciem a ações judiciais ajuizadas em face da União Federal que tenham como causa de pedir direta ou indireta a pandemia da COVID-19.

O dispositivo, de duvidosa constitucionalidade, revela a intenção de não submeter ao controle jurisdicional eventuais conflitos entre os entes federativos, buscando afastar até mesmo o exame pelo STF das disputas federativas, como se o Congresso Nacional tivesse necessariamente a palavra final envolvendo tais lides.

Não se nega que a União tenha sofrido perdas. Ao contrário. No entanto, seu escopo político-econômico-financeiro lhe possibilita

19 SCAFF (2020): <https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/contas-vista-federalismo-fiscal-odio-necessario-endividamento-uniao>

meios mais efetivos para financiamento quando as receitas públicas estão em queda através do endividamento público.

As unidades subnacionais não têm essa saída autônoma porque seu endividamento já está no teto segundo as atuais regras. Desse modo, Estados e Municípios ficaram reféns das arquiteturas financeiras engendradas pela União com base na LC 173/20.

O endividamento público é regulado pela atual Constituição em seu art. 52, VI/CF. Compete ao Senado, após provocação do Presidente da República, estipular o teto do endividamento²⁰. Sob a égide do atual texto político a autonomia subnacional para promoção do endividamento público passou a ser amplamente controlada.

O contexto dos anos 90 (federalização e refinanciamento), as privatizações, a LRF e as resoluções do Senado forjaram um espaço para obtenção de crédito extremamente estreito.

De acordo com a Resolução 40/01 cada ente federado tem um teto específico porque os critérios levam em conta a receita corrente líquida. No entanto, o art. 3º da referida resolução adota uma fórmula padrão da dívida consolidada que gira em torno de duas vezes a corrente líquida estadual (até 200%) e 1,2 vezes o total da corrente líquida municipal (até 120%).

Consequentemente, a unidade que ultrapassá-lo e/ou que estivesse acima dele e não se readequasse sofreria sanções previstas no art. 31 da LRF. Isso faz com que o ente infracional sempre dependa politicamente do aval do Senado para obtenção de empréstimos. Atualmente, a Resolução nº 78 exige, ainda, que os pedidos sejam chancelados pela Secretaria do Tesouro Nacional.

A posição crítica não pode ser vista, contudo, como um incentivo ao descontrole financeiro subnacional. O que se atesta é que a estrutura de controle fortalecida a partir dos anos 90 por meio da LRF e Resoluções do Senado se aplicam em tempos de normalidade política e econômica.

O tema da dívida pública, antes de tudo, mexe com princípio federativo quando há rígidos mecanismos de controle do endividamento

20 Editada a partir da Mensagem nº 154/2000 de origem do presidente da república que propunha a estruturação do tema no âmbito do Senado Federal como dispõe o art. 52, VI/CF. Desse modo, surge a Resolução do Senado Federal nº 40 e 43 de 2001.

subnacional. É inerente à estrutura federada de estado que os entes regionais e locais possam gerir com plena autonomia tanto suas finanças quanto a obtenção de dívidas. A delicadeza deste assunto está no fato de que um ente federado que tenha práticas e posturas fiscais irresponsáveis ao ponto de ser tornar insolvente por conta da sua dívida consolidada não pode decretar falência ou ser extinto.

Consequentemente, a gestão irresponsável faz com que o ente quebre e gere diversas consequências jurídicas para manutenção do bem-estar para aqueles cidadãos que estão naquela circunscrição. Logo, a atuação federal junto a essa unidade, paradoxalmente, mitiga ainda mais o seu status político autônomo. Por isso, as normas infraconstitucionais buscaram controlar as contas públicas como medida protetiva de antecipação de uma crise política mais séria.

No entanto, as dinâmicas de contabilidade pública foram pensadas e gestadas para contextos de normalidade. A pandemia de dimensões globais não pode ter o mesmo tratamento jurídico no tocante aos métodos ortodoxos. Diante da retração econômica que abalou as finanças subnacionais próprias e partilhadas via fundos, por exemplo, havia duas saídas: flexibilizar as regras do endividamento público subnacional ou compensação efetiva das perdas de receita por parte da União.

Os recursos poderiam ser obtidos por seu endividamento público uma vez que o equilíbrio das contas e a busca por uma contabilidade pública eficiente não poderia preponderar sobre saúde pública e enfrentamento de uma crise sanitária que já ceifou mais de cem mil vidas²¹.

Ademais, é preciso ressaltar que adotar o endividamento como meio de superação da pandemia foi chancelado pelo Congresso Nacional com a promulgação da Emenda Constitucional 106/2020 (Orçamento de Guerra). Esta emenda incluiu o art. 115 no ADCT e admitiu a possibilidade de flexibilizar a chamada regra de ouro fiscal ao permitir a feitura de operações de créditos para manutenção das despesas correntes em valores superiores àqueles destinados às despesas de capital. Este foi o caminho mais adequado para obter

21 O Ministério da Saúde promove a divulgação dos dados diariamente por meio do https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html. Dado é referente a Agosto de 2020.

recursos sem precisar sufocar os setores sociais e econômicos por meio de majoração da carga tributária.

Todavia, a solução oferecida pela EC 106/2020 limitou-se a oferecer a possibilidade do “orçamento de guerra” apenas a União Federal, deixando os demais entes a sua própria sorte ou a gracejos do governo federal.

O que se aponta é que a gravidade da crise fez com que o uso do art. 65/LRF não bastasse. Nem mesmo a cautelar na ADI 6357/STF que admitiu a flexibilização das normas da LRF bastou. Foi necessário alterar a estrutura constitucional para que o poder público pudesse promover o endividamento para o custeio de despesa corrente sem que incorresse em crimes financeiros. A medida implementada pela Emenda Constitucional nº 106/20 convalidou os atos de gestão praticados desde março e impôs que sua validade findaria diante do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso.

Todos os artifícios apontados não foram estendidos aos governos subnacionais, logo, uma compensação financeira efetiva seria essencial para assegurar o funcionamento autônomo adequado das unidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma federativa tem como base de sustentação o poder político financeiro, pois sem recursos não tem como se falar em autonomia política.

A pandemia e as medidas administrativas adotadas por cada unidade no enfrentamento da crise exigiram como contrapartida gastos financeiros mais elevados, colocando, assim, a federação diante de um dilema: como obter recursos diante de uma crise sanitária que arrasta consigo uma crise econômica? Diante da impossibilidade da utilização do ferramental financeiro próprio previsto na constituição e da robusta queda de receitas a saída que se apresenta é o endividamento público.

A possibilidade exposta, no entanto, se revela não condizente com a atual situação política e econômica de diversas unidades subnacionais por não terem espaço para ampliar seus níveis de

endividamento. Com isso, somente a União tem aptidão para seguir por esse caminho conforme aponta a própria EC 106/20. Dessa forma, seria possível que o governo federal se utilizasse desse artifício de forma excepcional até mesmo para manter as despesas correntes e garantir o volume orçamentários das demais unidades.

Contudo, esse caminho foi criado apenas para a União. A LC 173/20 ficou aquém do necessário sob a ótica do poder político financeiro.

A referida lei trouxe restrições a autonomia e adotou um socorro financeiro de caráter fixo que desconsidera as perdas efetivas das unidades. Sob a ótica federativa a lei não apresenta uma postura cooperativa e integradora.

Assim, considerando que os reais impactos financeiros da pandemia de 2020 ainda não foram dimensionados de forma exata, é bem possível que a higidez do federalismo financeiro brasileiro demande em futuro próximo novas alternativas legislativas uma vez que a LC 173 se mostra insuficiente na busca de soluções efetivas.

Não se descarta, também, possível judicialização da política por meio de ações propostas no STF. O alvorecer de 2021 não aparenta ser interessante a autonomia política e ao federalismo financeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *A Derrota da Federação: O Colapso Financeiro dos Estados e Municípios*. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTg1NA%2C%2C>.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. *A Província: Estudo sobre a Descentralização no Brasil*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870.

BURGESS, Michael. *Comparative Federalism: Theory and Practice*. New York: Routledge, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Federalismo y Centralización en el Imperio Brasileño: Historia y Argumento*. Coordenador: CARMAGNANI, Marcello. *Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993.

COSER, Ivo. Visconde de Uruguai – centralização e federalismo no Brasil 1823-1866. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

DOLHNIKOFF, Miriam. O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil. São Paulo: Globo, 2005.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. Porto Alegre: Globo, 2001.

KING, Preston. Federalism and federation. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982.

SCAFF, Fernando Facury. O federalismo fiscal do ódio e o necessário endividamento da União. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-26/contas-vista-federalismo-fiscal-odio-necessario-endividamento-uniao>

ZIMMERMANN, Augusto. Teoria Geral do Federalismo Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CAPÍTULO 2

A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

João Alexandre de Souza Menegassi

Orcid 0000-0001-6969-6702

INTRODUÇÃO

Na data de 20 de novembro de 2019 houve a promulgação da Lei n. 13.874/2019, comumente denominada de Lei de Liberdade Econômica, ou LLE. O regramento dispõe de normas gerais de direito econômico, presentes nos artigos 1º a 4º, e realiza alterações em outras áreas do direito, como direito administrativo, civil, empresarial e trabalhista.

Como a própria nomenclatura popular da lei já indica, a LLE é compatível com as teorias do liberalismo econômico e estabelece uma série de regras de garantias em prol da livre iniciativa, livre concorrência, autonomia dos contratos e proteção da propriedade privada. A lei está em nítida consonância com os ideais propostos pela política econômica desempenhada pelo atual mandatário do Poder Executivo Federal.

Contudo, a LLE deixa dúvidas quanto ao seu objetivo normativo e, até mesmo, a sua constitucionalidade. Sob o argumento de que o propósito de sua promulgação seria o crescimento econômico, a LLE ausenta-se de tratar dos demais fundamentos e princípios da ordem econômica que não estão atrelados ao liberalismo econômico. Outrossim, este crescimento econômico aparenta estar desassociado do constitucionalismo social e dirigente que se propõe a Constituição de 1988.

Com base nessas premissas, indaga-se: A livre iniciativa na LLE é convergente com a livre iniciativa na Constituição de 1988?

A partir de uma visão inicial do tema, a hipótese formulada é a de que a livre iniciativa prescrita no ordenamento constitucional diverge da presente na legislação infraconstitucional em questão.

A presente pesquisa justifica-se especialmente pela sua atualidade e relevância, pois se trata de legislação anda recentemente promulgada e que é símbolo legislativo das políticas econômicas desempenhadas pelos últimos governos. Ademais, outros vários atos legislativos – cita-se, como exemplo, a Emenda Constitucional n. 95/2016 – também ferem o caráter social e dirigente da Constituição de 1988, sob o argumento de proteção a livre iniciativa. Examinar, com isso, se a livre iniciativa promovida por estas legislações é conflitante com a Constituição de 1988 demonstra também a inconstitucionalidade de tais regramentos.

Para enfrentamento do tema e testagem da hipótese que se apresenta, será utilizado o método hipotético-dedutivo, empregando-se como fontes da pesquisa a revisão literária sobre constituição econômica, a Constituição de 1988 e as normas gerais de direito econômico da LLE, com a revisão de artigos científicos, trabalhos acadêmicos e demais obras que se situem nos flancos da pesquisa. Outrossim, também serão analisados as próprias legislações em debate, notadamente a Lei n. 13.874/2019 e a Constituição de 1988, no intuito de comparar os textos legais com os comentários e exames acadêmicos feitos sobre a constituição econômica e a LLE.

O presente estudo está fracionado em três tópicos distintos, porém interdependentes. O primeiro intenta em discutir a livre iniciativa na LLE. O segundo, de forma semelhante, busca tratar da livre iniciativa na Constituição de 1988. E o terceiro e último tópico converge os fundamentos tratados anteriormente, chegando ao derradeiro ponto, centrado na questão-problema elaborada como fio condutor.

A LIVRE INICIATIVA NA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Os artigos 1º a 4º da LLE se propõem a ser uma norma geral de direito econômico, como indica o art. 1º, § 4º da própria LLE. Ao se examinar tais dispositivos, é possível observar alguns padrões empregados pelo legislador, especialmente com relação aos objetivos da lei e a ideologia adotada para sua elaboração.

Algo que chama à atenção é a forma enfática e a atenção que o legislador deteve ao tratar da “liberdade econômica”. Livre

iniciativa, livre concorrência, liberdade de empresa e a limitação da intervenção estatal (esta última pelo princípio da subsidiariedade) são os principais focos de positivação do legislador. Já no preâmbulo esse enfoque resta evidenciado, vez que lá consta que a lei estabelece “garantias de livre mercado” (BRASIL, 2019, n.p.).

Essa atenção do legislador à liberdade econômica é importante, pois, segundo Marçal Justen Filho (2018, p. 20-21), a LLE prescreve normas de “sobredireito”: não somente disciplinam condutas intersubjetivas dos sujeitos de direito, como também as relações entre às próprias normas do direito brasileiro, marcadas agora pelo ideário liberal. Tanto que a legislação prevê regras próprias de hermenêutica (cf. art. 1º, § 2º), determinando a interpretação “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, investimentos e à propriedade” (BRASIL, 2019, n.p.). Esse método de interpretação é denominado por alguns autores como hermenêutica *pro libertarem* (ACCIOLY, 2020, p. 40-42; KONDER; OLIVEIRA, 2020, p. 14-15).

O próprio art. 2º da LLE condiciona o conteúdo do regramento a princípios voltados ao liberalismo econômico: a liberdade, a boa-fé do particular perante o poder público, a intervenção subsidiária e excepcional e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado (BRASIL, 2019, n.p.). Caio de Souza Loureiro (2019, p. 85-87), ao analisar tal dispositivo, argumenta que a LLE é uma tentativa de proteção dos indivíduos e dos agentes econômicos contra “a intervenção desmedida e desordenada do Estado”. É por isso que Loureiro (2019, p. 89-90) defende que os princípios da LLE “podem ser resumidos como pares de corolários de dois grandes valores: o da livre iniciativa e o da proteção do particular contra o Estado”.

Os artigos 3º e 4º (declaração de direitos de liberdade econômica e garantias da livre iniciativa, respectivamente) seguem a mesma linha de método e ideologia. Tanto que, na visão de Marcel Moraes Mota (2019, p. 71-73), o traço mais saliente e que melhor indica os objetivos da LLE, é a declaração de direitos de liberdade econômica, que busca positivar a livre iniciativa no ordenamento infraconstitucional.

Essa busca pela positivação da livre iniciativa para além da Constituição de 1988 seria a tentativa de alterar a dinâmica de intervenção do Estado na economia, “uma luz no fim do túnel em um período marcado por uma superposição e irracionalidade no controle estatal da atividade econômica por índices pouco favoráveis na economia brasileira” (ARAÚJO, 2019, p. 41-42).

A LLE é uma legislação que promove o ideário do liberalismo econômico. Ela traz novos quadrantes para o exercício da função reguladora, porquanto reforça uma intervenção indireta estatal por meio da regulação, assim como estabelece maiores limites a intervenção direta ou indireta, com nítida escolha do livre mercado como regra (MARQUES NETO, 2019, p. 24-26). Ou, de forma mais sucinta, como afirma Silvio Venosa (2019, p. 3), a LLE teria como objetivo “diminuir a ingerência do Estado na atividade econômica”.

Nesse contexto, é nítido o papel central da livre iniciativa para a LLE, sendo ele o principal ponto de encontro entre os fins perseguidos pela norma infraconstitucional. Além do mais, a livre iniciativa na LLE é quase que “ilimitada”, realizando verdadeiro papel de norma fundamental no direito e ordem econômica nacional. A seguir, será dedicado espaço ao tratamento da livre iniciativa na Constituição de 1988.

A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A compreensão do conteúdo de direito econômico da Constituição de 1988 depende de uma análise mais detida das Constituições anteriores, principalmente as de 1934 e 1946.

Isso porque, com a ascensão do constitucionalismo social do século XX, as constituições econômicas deixam se der meramente uma garantia dos fundamentos do sistema econômico liberal, que versava em seu texto sobre a autonomia dos contratos, direitos de propriedade, liberdade de comércio e liberdade de indústria. Ou seja: a constituição econômica liberal existia para garantir os fundamentos do sistema econômico vigente. O que difere as constituições econômicas do constitucionalismo liberal e do constitucionalismo social é que essas visam não mais somente receber as estruturas vigentes, mas

transformá-las (BERCOVICI, 2005, p. 31-33; GRAU, 2018, p. 57-60; MOREIRA, 1979, p. 95-99).¹

O grande debate em torno das Constituições Econômicas surge com as constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial. Estas constituições são consideradas como parte de um novo constitucionalismo social, que se estabelece em Estados europeus e americanos (BERCOVICI, 2003, p. 11; BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 319-321).

É a Constituição de Weimar de 1919 quem traz as mudanças e possíveis respostas a crise do Estado liberal oitocentista (BERCOVICI, 2020, p. 282 e 294-295). Para Maurizio Fioravanti (2001, p. 149-150), a Constituição de Weimar de 1919 representa, em certo sentido, o começo das constituições democráticas do século XX. A partir de um ponto de vista histórico e em comparação com as demais constituições democráticas do século XX, é a Constituição de Weimar que contém todos os elementos próprios e específicos deste “tipo histórico” de constituição democrática (FIORAVANTI, 2001, p. 150-151; PINHEIRO, 2006, p. 113-120; STOLLEIS, 2013, p. 95-104). Foi ela a constituição que exerceu decisiva influência sobre a evolução política em todo o Ocidente. Este novo Estado da democracia social, já de certa forma estabelecido pela Constituição Mexicana de 1917, progrediu com a promulgação da Constituição de Weimar, tornando-se o norte das constituintes para a elaboração de suas constituições ao longo do século XX (COMPARATO, 2003, p. 188-190).

A Constituição de Weimar era dividida em duas partes: uma sobre a organização do Estado e a outra sobre os direitos e deveres dos cidadãos (BERCOVICI, 2003, p. 26). A ordem econômica constava nesta segunda parte e é ali que de fato as constituições econômicas

1 Sobre o conceito de constituição econômica, Vital Moreira (1979, p. 35) entende a constituição econômica como “(...) o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.

ganham corpo (GRAU, 2018, p. 75-77).² Especificamente com relação a constituição econômica da Constituição de Weimar, Carlos Miguel Herrera (2002, p. 33-35) destaca que ela era dividida em três diferentes níveis: (i) os primeiros com os direitos fundamentais sociais e econômicos; (ii) o segundo com o controle da ordem econômica capitalista pela função social da propriedade; e (iii) o terceiro com o mecanismo de colaboração entre as classes por meio dos conselhos estabelecidos no artigo 165 da Constituição de Weimar.

A Constituição de 1934 é inspirada na Constituição de Weimar.³ A Constituição de 1934 é a primeira das constituições brasileiras a reservar um capítulo para tratar da ordem econômica, com a presença da Ordem Econômica e Social, referente aos artigos 115 a 140 (BERCOVICI, 2005, p. 17; BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 325-327; VENÂNCIO FILHO, 1968, p. 40-43). A ordem econômica da Constituição de 1934 definiu as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, assim como estabeleceu os regimes de prestação de serviços pelo poder público. Também incluiu, em seu artigo 116, a possibilidade de monopólio de determinada atividade econômica pela União. A organização de toda a ordem econômica seria definida conforme os princípios da justiça e da necessidade da vida nacional (BERCOVICI, 2005, p. 18-23; SOUZA, 1989, p. 25-26 e 33-34).

Dando continuidade ao constitucionalismo social parcialmente interrompido pela Carta de 1937, a Constituição de 1946 traz à tona a questão regional e busca corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado. O fundamento da ordem econômica é a justiça social. Com a manutenção dos programas de industrialização iniciados pelo Estado Novo e o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek, a

2 O Livro II contava com cinco capítulos: A pessoa individual; A vida social; Religião e agrupamentos religiosos; Educação e Escola; e A vida econômica (PINHEIRO, 2006, p. 116). D'entre os diversos direitos sociais garantidos na Constituição de Weimar, destacam-se: i) a função social da propriedade (art. 153, § 2º); ii) a possibilidade de desapropriação de terras para satisfação da coletividade (art. 153, § 1º); (iii) direito ao trabalho (art. 157 e art. 162); (iv) proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros (art. 161); (v) direito à classe trabalhadora de garantia dos direitos sociais (art. 162); (vi) seguro-desemprego (art. 163, § 1º); e (vii) direito a participação nos Conselhos (art. 165) (PINHEIRO, 2006, p. 117).

3 Também inspiram a Constituição de 1934 a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Espanhola de 1931 (SOUZA, 1989, p. 25).

questão debatida deixou de ser a industrialização em si, mas como conduzir o desenvolvimento e solucionar os problemas sociais no país (BERCOVICI, 2005, p. 25-28; BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 411-415; SOUZA, 1989, p. 30; VENÂNCIO FILHO, 1968, p. 45-48 e 57-60).

Há, todavia, o desvirtuamento do modelo desenvolvimentista com o golpe militar. Justificados pela “Doutrina da Segurança Nacional”⁴, os militares buscaram aperfeiçoar as condições de funcionamento e expansão das empresas privadas nacionais e internacionais. O Estado interferiu de maneira cada vez mais crescente na economia para proporcionar condições ao setor privado. A ditadura militar buscou a concentração de empresas transnacionais e a formação de conglomerados econômicos (BERCOVICI, 2005, p. 28-30).

Com a “reabertura democrática”, a Constituição de 1988, como dimensionam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 147) “(...) representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia”.⁵ Com efeito, a Constituição de 1988 busca novamente a transformação das estruturas sociais. O capítulo da ordem econômica tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia (BERCOVICI, 2005, p. 30-31). A intenção não era se desvincular do capitalismo, mas garantir um Estado do bem-estar social, retomando o programa prescrito nas Constituições de 1934 e 1946 (BONAVIDES, 2010, p. 370-372; SILVA, 1996, p. 27).⁶

4 A “Doutrina da Segurança Nacional”, conforme conceitua Fabiana Figueiredo Felício dos Santos (2017, p. 45-56), foi incorporada pelas Forças Armadas brasileiras, que, sob os imperativos da segurança nacional, era utilizada como instrumento de promoção de manutenção do governo autoritário no Brasil. As Forças Armadas, no combate a “ameaça comunista” estrangeira e nacional, empregavam estratégias políticas baseadas em dispositivos legais que violavam direitos e garantias fundamentais.

5 A ideia de “reabertura democrática” é contestada por Vera Karam de Chueiri e Heloísa Fernandes Câmara (2015, p. 275-284), em razão da ausência de um pré-compromisso democrático, principalmente com a promulgação da Lei de Anistia. É também contestada por Gilberto Bercovici (2010) devido a Constituição de 1988 ter mantido toda a estrutura administrativa e financeira confeccionada pela ditadura militar.

6 O Estado social não é equivalente ao Estado socialista. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 183-187 e 203), Estado é poder em sua substantividade. Esse poder repousa sobre a estrutura do capitalismo ou socialismo. Viver em um Estado social não implica viver no socialismo; e viver sob o domínio da burguesia não afasta a possibilidade de um Estado social. Assim, o Estado social e o socialismo coexistem. Para as diferenças entre a concepção de Estado social de Paulo Bonavides para a ideia original concebida no debate de Weimar por Hermann Heller, Friederich Neumann, Rudolf Smend, Otto Kirchheimer etc., cf. BERCOVICI, 2003, p. 138-139; HERRERA, 2003, p. 90.

Ademais, a Constituição de 1988 não só retoma a ideia de um Estado social; ela é também uma constituição dirigente, levando-se em consideração a Teoria da Constituição Dirigente de Canotilho⁷ (GRAU, 2018, p. 73-74 e 169). De uma leitura atenta ao artigo 3º da Constituição de 1988 situam-se ali os dispositivos que versam sobre um programa que a constituição promove, particularidade essa presente nas constituições dirigentes. Os fundamentos prescritos identificam o regime constitucional vigente e fazem parte da fórmula política do Estado. Se trata de “uma cláusula transformadora” que expõe a necessidade de eliminar a injustiça social e implica na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social (BERCOVICI, 2005, p. 35-39). Isso quer dizer que “sua materialização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado” (BERCOVICI, 2005, p. 39).

Por conseguinte, o artigo 170 da Constituição de 1988 prevê os fundamentos e princípios que, segundo Fábio Konder Comparato (1990, p. 266), são os fins da ordem econômica. Os fundamentos da Constituição de 1988 são a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Seu objetivo é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (SOUZA, 1988, p. 30). Os princípios estão todos concatenados entre si e abarcam a livre concorrência, propriedade privada, liberdade de empresa, livre iniciativa, como, também, incorporam outros princípios como a soberania nacional, função social da propriedade, defesa do consumidor e meio ambiente e busca pelo pleno emprego.

A livre iniciativa na Constituição de 1988, com isso, não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico ou a liberdade de empresa e comércio. A postulação primária da livre iniciativa é a garantia de legalidade: a liberdade pública, que não se sujeita a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. De mesmo modo, o valor social da livre iniciativa está em conjunto com o outro valor social: o trabalho humano digno. Isso porque, para Eros Roberto

7 As constituições dirigentes, na teoria desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho, não se trata de um mero instrumento do governo, mas enunciam programas e diretrizes. Essas constituições são um “plano normativo material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins” (CANOTILHO, 2001, p. 12).

Grau, a livre iniciativa não trata da liberdade titulada somente pela empresa, mas também pelo trabalho. Ao serem colocadas lado-a-lado, há uma valoração do trabalho, que inclusive se sobrepõe a livre iniciativa quando os fundamentos são colidentes, em razão da dignidade da pessoa humana (GRAU, 2018, p. 198-201).

André Ramos Tavares (2011, p. 237-240) afirma que a livre iniciativa, desde a sua positivação, jamais chegou a ser declarada ou admitida como algo absoluto. Os condicionamentos à liberdade de iniciativa estão atados com a necessidade de se garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo. A livre iniciativa garante uma possibilidade de autodirecionamento das decisões econômicas dos particulares, da mesma forma que impõe também a necessidade de limitar essas decisões as medidas adotadas pelo Poder Público, medidas essas que não se dão de forma discricionária, mas somente a partir dos imperativos constitucionais previstos no artigo 173 da Constituição de 1988, isto é, segurança pública ou relevante interesse coletivo.

Desse modo, a livre iniciativa não é negada ou obliterada pela Constituição de 1988. Mas é uma liberdade pública que encontra limites dentro do próprio texto constitucional. Por força de lei, ou para garantir a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa poderá ser limitada pelo agente estatal (SILVA, 2017, p. 58-63).

DIVERGÊNCIAS NO TRATAMENTO DADO À LIVRE INICIATIVA ENTRE A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E A NORMA GERAL DE DIREITO ECONÔMICO INFRACONSTITUCIONAL

Amanda Flávio Oliveira (2020, p. 192-196) argumenta que não há previsão de um Estado social na Constituição de 1988, sendo, pois, perfeitamente cabível normas de direito econômico complacentes à economia de mercado, devido ao próprio caráter aberto do texto constitucional. A autora argumenta que a liberdade econômica sempre foi negligenciada, desestimulando o empreendedorismo e o investimento privado no país, sendo a LLE uma evolução jurídica na área do direito econômico.

De forma semelhante, André Cyrino (2020, p. 205-208) afirma que a Lei de Liberdade Econômica possui conflitos com as

características deontológicas da Constituição de 1988. No entanto, acredita que a lei ainda assim é recepcionada pela Constituição. Para ele, a LLE condiz com o caráter aberto do texto constitucional, estando dentro de seus limites e possibilidades.

Em ambos os argumentos supramencionados, é possível constatar tratamentos diferentes dadas a livre iniciativa pelo texto constitucional e pelas normas gerais de direito econômico da LLE. Enquanto a Constituição de 1988 busca tornar a livre iniciativa um valor social que fundamenta a ordem econômica, a LLE almeja transfigurar a livre iniciativa a um direito fundamental quase que monolítico, dispensando, de certa forma, os demais fundamentos e princípios da ordem econômica que não integralmente concatenados com a livre iniciativa.

Os defensores da constitucionalidade, ou da necessidade, da LLE, traçam seus argumentos com base em uma corrente teórica fundamentalista da livre iniciativa, elevando-a a um direito fundamental (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1788).

Essa corrente teórica perfaz uma interpretação fundamentalista da livre iniciativa, considerando-a como um direito fundamental, advogando por uma interpretação privatista da Constituição de 1988 e por uma limitação do papel estatal na economia, vinculado também ao princípio da subsidiariedade (BARROSO, 1999, p. 150-152; BARROSO, 2001, p. 200-201; GARCIA; TAVARES, 2017, p. 156-163; MARQUES NETO, 2003, p. 81-84). Justificam seus argumentos a partir de uma interpretação com base na ideia de um “efeito pêndulo” das constituições, que ora podem ser lidas de forma mais “intervencionista”, ora podem ser analisados a partir do ideário liberal; e seria este segundo momento que estar-se-ia vivendo na atualidade, justificando essa interpretação liberal da Constituição de 1988 (TÁCITO, 1995). Outrossim, apontam também que a Constituição de 1988 preveria um princípio da subsidiariedade⁸, que estaria implícito nos artigos 1º, IV, 170 e 173 da Constituição de 1988 (TORRES, 2001).

8 Francisco Carlos Duarte e Isabella Cristina Costa Nacle conceituam o princípio da subsidiariedade como “[...] elemento que impede a interferência no âmbito privado [e], como elemento secundário, pautado nos ideais do liberalismo, acaba sendo (re)visitado no atual cenário da atividade econômica como princípio, explícito, a nível constitucional, onde o Estado assume sua posição de membro necessário, presente, porém não limitador, mas sim coadjuvante para o bom desenvolvimento das atividades econômicas”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2006, p. 721-722) denominam essa ideia defendida de “fundamentalização” da livre iniciativa. É uma tentativa de sobrepor a livre iniciativa sobre os demais princípios e fundamentos da ordem econômica. Segundo os autores, o Estado de direito, por ter sido capaz de fornecer as bases para uma espécie de consenso constitucional, está circunscrito na esfera da imparcialidade política (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 718-720). Essa imparcialidade política do Estado de direito, todavia, é violada pela interpretação fundamentalista da livre iniciativa, que justamente a alça para um patamar de direito fundamental, do qual ela não faz parte. Isso porque, a Constituição de 1988 não entende a livre iniciativa como um direito fundamental, mas sim como uma liberdade pública, conformada pelo próprio texto constitucional (COMPARATO, 1996, p. 100-101; GRAU, 2018, p. 198-201).

Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2006, p. 721-722) argumentam que é uma doutrina fundamentalista, pois não tratam as demais doutrinas como “dignas de igual respeito”. Reconhecem somente a doutrina do liberalismo econômico como uma única forma possível de interpretação do texto constitucional, que, incorporando pretensões abrangentes ao conteúdo da livre iniciativa, tornam aquilo que seria “politicamente cogente” em algo “constitucionalmente necessário”.

A livre iniciativa é uma garantia constitucional de liberdade pública, mas não um direito subjetivo. Ela não é absoluta, pois se é um valor social ela não é individualista. A livre iniciativa é, portanto, limitada e suscetível de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, porquanto os interesses individuais não podem prevalecer em detrimentos de interesses coletivos (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1788-1789).

O objetivo de se transformar a livre iniciativa em um direito fundamental e o liberalismo econômico como única forma de aplicação da ordem econômica torna-se ainda mais claro com a tentativa de promoção de um princípio da subsidiariedade no texto constitucional, algo agora prescrito legalmente, com a promulgação da LLE (art. 2º, III).

Para além dos problemas que relacionam o princípio da subsidiariedade com o fascismo italiano e a ditadura militar (BERCOVICI, 2010, p. 282; BERCOVICI, 2015, online; SOUZA NETO; MENDONÇA, 2007, p. 736), interessante que, assim como na LLE, explicitamente é deixado de lado o valor social do trabalho humano, que está em conjugado nos mesmos dispositivos que tratam do valor social da livre iniciativa – tanto no art. 1º, IV, quanto no art. 170 da Constituição de 1988.

Ademais, a Constituição de 1988, repleta de “compromissos dilatórios” (COMPARATO, 1990, p. 263), não traz um consenso sobre o modelo econômico brasileiro, inserindo no texto constitucional ideologias e diretrizes alternativas. E isso reflete no artigo 173 da Constituição de 1988, que, à exceção dos monopólios, conferiu o constituinte ao legislador o encargo de definir quando será dada a atuação do Estado de forma direta na economia. E essa opção é feita pelo “relevante interesse coletivo”, que significa, em sentido literal, quando houver importância à coletividade (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2007, p. 737-738).

Por isso mesmo é que, para a Constituição de 1988, o Estado tem um papel central na economia, direcionado e limitado pelo próprio texto constitucional. Não há, nos artigos supramencionados, alusão ao princípio da subsidiariedade; existe, sim, uma imposição de limites para como e quando o Estado poderá atuar na economia. A Constituição, como já amplamente tratado, prevê uma gama de diferentes ideias da ciência econômica, como o intervencionismo, nacionalismo, cooperativismo, socialismo, desenvolvimentismo etc. Nessa esteira, “defender a existência e preponderância do ‘princípio da subsidiariedade’ na Constituição de 1988 nada mais é do que uma captura ideológica do texto” (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1790).

Portanto, a Constituição de 1988 circunscreve a livre iniciativa como um valor social. Ela é fundamento da ordem econômica constitucional. No entanto, é limitada pela e em prol da coletividade.

Essa livre iniciativa não é a prescrita pela LLE. A LLE promove uma livre iniciativa que, ao arrempio da Constituição de 1988, interpreta e legitima o liberalismo econômico como única forma possível

de organização econômica do Estado, excluindo as demais linhas ideológicas da ciência econômica do debate político.

Ana Frazão (2020, p. 98) destaca que a livre iniciativa não age em supremacia aos demais princípios e fundamentos; ela atua conjuntamente com a dignidade da pessoa humana e os valores sociais. A LLE tem como objetivo um suposto crescimento econômico, marginalizando a discussão acerca das desigualdades (FRAZÃO, 2020, p. 114). A introdução de normas relacionadas à proteção do meio ambiente, do trabalho e da justiça social no debate sobre a livre iniciativa não são, para Frazão, posições ideológicas: é um imperativo constitucional (FRAZÃO, 2020, p. 116-118).

É nesse sentido que Gilberto Bercovici (2020, p. 124-125) tece críticas a Lei de Liberdade Econômica. Para ele, primeiramente a lei é inútil e desnecessária, pois a livre iniciativa já está expressamente garantida no texto constitucional (BERCOVICI, 2020, p. 125). Outrossim, o ponto nodal que leva a inconstitucionalidade da Lei de Liberdade Econômica é o fato de ela ignorar o valor social do trabalho humano e os demais princípios esculpidos no art. 170 da Constituição de 1988, dando ênfase, única e exclusivamente, a livre iniciativa (BERCOVICI, 2020, p. 128-129). Bercovici (2020, p. 148-149) conclui que a Lei de Liberdade Econômica “é um manifesto ideológico que se predente superior à Constituição, com uma única interpretação possível da autuação econômica estatal” e uma “purificação” da economia de mercado.

O conflito entre a LLE e a Constituição de 1988, no que se refere a livre iniciativa, é uma grave tentativa de se constitucionalizar o liberalismo econômico, em detrimento das demais doutrinas econômicas. Esse fenômeno é antidemocrático, pois “constitucionalizar o laissez-faire significa afirmar que as majorias não podem optar por modelos alternativos, devendo deliberar, apenas, sobre suas forma de implementação” (SOUZA NETO; MENDONÇA, 2007, p. 740).

É preciso, dessa forma, discutir a incongruência da LLE e a busca de parte da academia do direito público em simplesmente excluir da esfera constitucional o programa estabelecido pelo artigo 3º da Constituição de 1988. A livre iniciativa não pode ser elevada ou isolada do restante da ordem econômica, pois, como bem aduz Eros Roberto Grau (2018, p. 160) “não se lê a Constituição em tiras”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a revisão teórica sobre a livre iniciativa tratada na Constituição de 1988 e na LLE e, principalmente, após exame dos fins promulgados pelo texto constitucional, de base social e dirigente, ao final do presente artigo, a hipótese inicialmente formulada – se havia divergência entre a livre iniciativa na LLE e na Constituição de 1988 – restou confirmada.

O que se demonstrou, principalmente, a partir da revisão bibliográfica que se desenvolveu ao longo do artigo, foi que o conteúdo presente nos artigos 1º a 4º da LLE dá o tom de uma economia de mercado liberalizada, cujos fundamentos e princípios são monolíticos, em favor da ideologia promovida pelo liberalismo econômico.

Todavia, a Constituição de 1988 constrói sua ordem econômica a partir de uma série de ideologias conflitantes. Essas ideologias devem respeitar os fins perseguidos pela Constituição de 1988, descritos no artigo 3º. Além disso, a livre iniciativa não é ignorada, relativizada ou supervalorizada pelo texto constitucional. A ordem econômica a coloca como um fundamento da constituição econômica, em conjunto do trabalho humano. Essa livre iniciativa é um valor social, limitado e em prol da coletividade, jamais devendo ser interpretada de modo individualista e unívoco, justamente o que a LLE tenta propor.

Portanto, o conteúdo de direito econômico monolítico presente na LLE revela muito mais que uma opção do legislador infraconstitucional pelo liberalismo econômico. Demonstra também uma política econômica não recepcionada pela Constituição de 1988 e uma quebra e desvirtuamento do programa social transformador constante no texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Carlos de Andrade Uzêda. Hermenêutica pro libertarem. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 39-54.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. Lei da Liberdade Econômica. Tendências e Desafios no Novo Marco Regulatório da Livre Iniciativa. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (org.). Transformações do Direito Administrativo: Liberdades Econômicas e Regulação. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. p. 39-49. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/28851>. Acesso em 13.05.2021.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out./dez. 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47240>. Acesso em 21.05.2021.

_____. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n 3, p. 1769-1811, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em 15.05.2021.

BERCOVICI, Gilberto. As Inconstitucionalidades da “Lei de Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). Lei de Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 123-152.

_____. Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do Debate sobre Direito, Estado e Economia na República de Weimar. 2003. 172f. Tese (Livre-Docência na Área de Direito Econômico). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

_____. O Princípio da Subsidiariedade e o Autoritarismo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em 21.05.2021.

_____. Soberania e Constituição: para uma Crítica ao Constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Do Estado liberal ao Estado social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 20.05.2021.

BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 20.05.2021.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20.05.2021.

BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 20.05.2021.

CASTRO, Matheus Felipe; WELTER, Izabel Preis. A ideologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos de direitos fundamentais: o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 319-344, jan./jun. 2016.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 95, p. 259-288, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/8RfRJB7FzjkNr8HCMgmStSb/?lang=pt#>. Acesso em 20.05.2021.

CLARK, Giovanni; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, v. 3, n. 73, p. 301-324, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso em 15.05.2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Direito público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Ordem econômica na constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Público, Brasília, n. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de la Antingüedad a nuestros días. Madrid: Trola, 2001.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 89-122.

GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Cláudio Kaminski. Livre iniciativa: considerações sobre seu sentido e alcance no direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, v. 88, n. 1, p. 148-175, ago./2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/2084>. Acesso em 25.05.2021.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constitución y derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, Madrid, n. 15, p. 75-92, set./2015. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4276>. Acesso em 14.08.2021.

_____. *Les Juristes de Gauche sous la République de Weimar*. Paris: Kimé, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 19-38.

KONDER, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei de Liberdade Econômica. *Revista Fórum de Direito Civil -RFDC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 25, p. 13-35, set./dez. 2020.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 65-99.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 69-93, 2003.

_____. Regulação e liberdade econômica: uma contradição necessária. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (org.). *Transformações do Direito Administrativo: liberdades econômicas e regulação*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019. p. 22-37. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28851>. Acesso em 13.05.2021.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MOTA, Marcel Moraes. Os contratos civis e empresariais e a Lei de Liberdade Econômica. *Revista Diálogo Jurídico*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 69-93, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.fbuni.edu.br/index.php/dialogo-juridico/article/view/62>. Acesso em 13.05.2021.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006.

SANTOS, Fabiana Figueiredo Felício dos. Lei de Segurança Nacional: uma leitura à luz da Constituição da República de 1988 e do Direito Internacional de Direitos Humanos. 2017. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-AY6MHV/1/fabiana_f._f._dos_santos__2_.pdf. Acesso em 20.05.2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem econômica constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, Diógenes Ivo Fernandes de Sousa. A livre iniciativa e a função social na Constituição Federal. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 17, n. 197, p. 56-65, out./2017. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/34375>. Acesso em 25.05.2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 709-741.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 21-48, abr./jun. 1989.

_____. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STOLLEIS, Michael. *History of Social Law in Germany*. New York: Springer Heidelberg, 2013.

TÁCITO, Caio. O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46612>. Acesso em 21.05.2021.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VENOSA, Silvio de Salvo. *A Declaração de Direitos de Lei de Liberdade Econômica (MP nº 881) e o Direito Privado*. *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil, Juiz de Fora*, v. 3, n. 1, p. 1-8, 2019.

CAPÍTULO 3

O BANCO CENTRAL DO BRASIL E SUA AUTONOMIA: NECESSIDADE E DESAFIOS PARA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL SEGURO E DIGITALIZADO

Celso Lopes Seus

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro dá fraca importância a assuntos envolvendo direito e economia, apesar do Título VII da Constituição Federal, o qual ostenta o nome “Da Ordem Econômica”. À toda evidência, o assunto é relevante e, quando tratado, não raras as vezes articulistas de escol mantêm-se no campo da dogmática, revelando parca afinidade e domínios práticos com o assunto. O escopo destas linhas é exatamente tentar aproximar elementares conceitos jurídicos envolvendo o Banco Central do Brasil, de gênese constitucional, e as pessoas familiarizadas com a web, que buscam informação de melhor qualidade e segurança. O texto, portanto, tem efetivo viés informativo, mas sustentado em legislação, dogmática e busca de informação técnica. A partir do site do BACEN, que é acessível, claro, objetivo e, por essas razões mesmas, pedagógico e eficiente, pode-se encontrar amplíssima gama de informações: desde história, economia, atas do COPOM, legislação, a Revista da Procuradoria do Banco Central do Brasil, tabelas históricas e outros. A partir dele, parte das informações aqui apresentadas foram coletadas, ordenadas, priorizadas e pretensamente sistematizadas para a realização do texto que segue abaixo. E, por certo, publicações técnicas na web, também foram consultadas. Mas, três décadas de contencioso bancário revelam o *espírito* destas linhas para ofertar o texto sem qualquer pretensão de fazer doutrina.

O Banco Central do Brasil é uma autarquia, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 164. Portanto, a sua natureza de pessoa jurídica exige seja *autônomo*, pelo menos por ter receita e orçamento próprios. Ao abordar-se nestas modestas linhas a questão envolvendo a sua autonomia, conforme prevê a Lei Complementar

179, de 24 de fevereiro de 2021¹, pretende-se apresentar alguns dos fatores que influenciaram e influenciam a necessidade do controle de preços, precípua responsabilidade legal atribuída ao BACEN, a partir de sua autonomia.

Autarquia é um específico tipo de pessoa jurídica, integrante da administração indireta em quaisquer de seus níveis, dotada de orçamento e receita próprios. Entretanto, essa pessoa jurídica *sui generis*, prevista no artigo 41, inciso IV do Código Civil Brasileiro, as autarquias têm funções específicas previstas nas respectivas leis de criação. As funções do BACEN estão previstas em três níveis de lei:

1. A Constituição Federal, em seus artigos 21, VII, emissão de moeda; VIII, administrar as reservas cambiais e as operações financeiras; 22, VI sistema monetário; XX consórcio; 164, § 1º vedação e autorização de empréstimos, e § 2º regulação da moeda e da taxa de juros; 170 a 192 ao tratar “Da Ordem Econômica”;
2. A Lei 4.595/1964, em seus artigos 9º ao 16, traz extensas e complexas atribuições ao BACEN; e
3. A Lei Complementar 179/2021, trata da autonomia do BACEN.

Na Lei Complementar 179 encontra-se a palavra autonomia: é o direito positivo, o direito posto e com o qual deve-se trabalhar. A palavra autonomia é passível de análise mais intensa do que eventualmente pode ser pensado. Simon Blackburn (1997) analisa a *autonomia* a partir de Kant e Rousseau, identificando-a na “capacidade de autodeterminação (...) quando suas ações são verdadeiramente suas”. Mas o autor alerta que as escolhas e ações têm causa em fatores fora de controle daquele que pretende ser autônomo, porque “só os agentes que agem de forma autônoma são responsáveis por suas ações”. Sobre o Banco Central do Brasil pesam graves responsabilidades constitucionais e econômicas, a partir de princípios constitucionais para o eficiente controle do Sistema Financeiro Nacional e dos preços, na exata palavra da LC 179.

A autonomia do BACEN deve ser lida a partir da Constituição Federal no seu Título VII, da Ordem Econômica, que está nos artigos

1 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp179.htm, acesso em 05-JUN-2021.

170 a 192; também na LC 179/2021, e ainda na Lei 4.595/1964, conforme as linhas abaixo. Importante entender que a autonomia do BACEN deve ser analisada também sob o prisma histórico. Observe-se que foi a política governamental, desconectada dos necessários rigores econômicos, o principal e mais atroz fator que fez por décadas o pior cenário da economia brasileira: a inflação. O controle de preços, conforme a novel lei, é a essência da autonomia do BACEN.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 é a primeira carta política brasileira que tem específico título para “constitucionalizar” o desenvolvimento econômico do país. E assim o fez em seu Título VII, nominando-o Ordem Econômica. Sua finalidade está perfeitamente compreendida em seu artigo 170, que deve valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa para que todos os cidadãos brasileiros tenham existência digna a partir da justiça social, observando-se a propriedade e a sua função social, a livre concorrência e a defesa do consumidor, promovendo a redução das desigualdades regionais e sociais com a busca do pleno emprego. Esse rol de princípios não é taxativo: ele indica, sem excluir outros que lhe sejam símiles, quais valores a Constituição brasileira açambarca para o seu mais intenso cumprimento relativo ao desenvolvimento econômico do Brasil.

Fábio Nusdeo, citando doutrina estrangeira (2019, p. 25), refere que os objetivos da política econômica podem compreender quatro categorias econômicas: estabilidade, progresso, justiça e liberdade. A seguir, ao comentar o artigo 174 da CF, Nusdeo (2019, p. 31) afirma que, “além do simples princípio, exhibe o caráter de norma: o Estado é claramente titulado como agente regulador e normativo da vida econômica”. Nesse mesmo tópico, o autor ainda refere que a atuação do Estado sempre se dará por leis passíveis de modificação; o planejamento da ação estatal deverá ocorrer segundo as necessidades sociais [e econômicas] a cada tempo; as diretrizes do planejamento são impositivas ao setor estatal por efeito de lei, e indicativas à iniciativa privada; a exploração econômica pelo estado, através de suas empresas, dependerá de lei específica para atender

à segurança nacional e ao interesse coletivo, embora a CF não fixe nem preveja o campo dessas eventuais empresas a serem criadas, o que será objeto de lei; os demais princípios da Ordem Econômica têm conotação ativa e de individualizada especificidade: proteção do consumidor, do meio ambiente, a supressão de desigualdades, busca do pleno emprego e do favorecimento à pequena empresa.

Os princípios de atuação estatal através de suas empresas, prossegue Nusdeo, são passivos e visam assegurar a higidez do sistema econômico, evitando sua imobilidade ou ineficiência pelos demais; o Estado fará suas escolhas por normas e diretrizes extramercado através de seus entes reguladores, oficiais ou não, – incluindo o BACEN – , no que se chama autorregulação setorial; tais princípios têm a sua aplicação em acordos e tratados internacionais, como proteção do meio ambiente, por exemplo. Depreende-se desse contexto que o estado deverá atuar mediante planejamento e por lei, colocando-se acima de interesses privados, visando não apenas o lucro e tão somente ele, mas com o específico objetivo de cumprir com os princípios constitucionais referidos nos incisos do artigo 170 da CF.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 661), ao abordar os limites à atuação estatal no controle de preços, sustenta que todo o artigo 170 da CF contém princípios-fins, os quais, desdobrados nos respectivos incisos, “são finalidades a que visa o Estado na ordem econômica, já que, ao lado dos particulares, o Poder Público também é um agente econômico”.

Pretende o texto daquele Título VII da Constituição harmonizar as forças produtivas e a pessoa do cidadão brasileiro, e não apenas o consumidor, conforme referido em seu inciso V. Integram a Ordem Econômica da CF, em seu artigo 170, V, visando a defesa do consumidor pelo efeito de consumo dos produtos e serviços ofertados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional:

1. a estrutura econômica da administração direta federal, e da indireta;
2. todos os consumidores, inclusive pessoas jurídicas;
3. as pessoas vinculadas à execução da política nacional de relações de consumo;

4. as pessoas legitimadas às ações civis públicas;
5. as pessoas jurídicas que compõem o Sistema Financeiro Nacional – SFN, e
6. ainda as pessoas jurídicas que reúnem as empresas atuantes no SFN.

O artigo 192 da CF revela o perfil do SFN, cuja função precípua é a de “promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade”, e será regulado por legislação complementar. O problema que exsurge desse espectro constitucional é exatamente a forma pela qual se dá o controle do SFN, que é hipercomplexo.

O SFN vincula-se à legislação constitucional, complementar, ordinária e a normas de direito regulatório; sofre a inafastável subordinação a órgãos de controle estatal, como o Ministério da Fazenda; necessita da vinculação ao Bank for International Settlements – BIS –, e o cumprimento de normas internacionais de boa administração bancária, como os pactos de Basileia I, II e III. E como se não bastasse, ainda intervêm diretamente no SFN a Comissão de Valores Mobiliários e o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Este último órgão tem sua atuação vinculada a questões como concentração econômica e outras afins.

A LEI DE REGÊNCIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A partir do contexto legal a que se subordina, surge esta questão: a quem compete o controle do Sistema Financeiro Nacional? Observando-se que há o Ministério da Fazenda, o Conselho Monetário Nacional, e o Banco Central do Brasil, todos integrantes da administração pública federal, a lei de regência do SFN contém a resposta: ao Conselho Monetário Nacional compete o controle do SFN²; órgão vinculado ao Ministério da Economia e à Presidência da República, tem as suas extensas competências nos artigos 2º a 7º da Lei 4.595/1964.

Entretanto, faltam ao CMN a estrutura material desconcentrada, ampla capacidade de intervenção presencial e virtual para o

2 <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/cmn>

acompanhamento, controle e exercício de direito administrativo sancionador em relação às empresas integrantes do SFN. Além disso, o CMN sequer é pessoa jurídica, tratando-se de um colegiado diretivo, apenas. A indispensável e intensa dinâmica para o controle do SFN exige um órgão dotado de estrutura material e pessoal próprios, prevista naquela mesma lei de 1964.

Ao Banco Central do Brasil foi especificada a tarefa de “cumprir e fazer cumprir as funções que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo CMN”, conforme o artigo 9º, além das competências privativas do artigo 10º, e as competências gerais do artigo 11, todos da Lei 4.595/1964. Veja-se que o Banco Central tem assento na CF no artigo 164 – deslocado da Ordem Econômica –, para atribuir àquela autarquia federal o controle sobre a emissão da moeda brasileira de curso forçado. Mas o texto da Constituição nenhuma referência faz ao CMN.

A percepção desses textos vem revelar que o CMN é um órgão diretivo, cuja função é o controle superior do Sistema Financeiro Nacional. Portanto, o CMN não detém a competência da intervenção direta perante as empresas que são autorizadas expressamente a operar no SFN. Em consequência, e a partir das atribuições da legislação, o BACEN se torna um órgão de execução por excelência, ou seja, de uma dinâmica intensa e efetiva, com fortíssima atuação, inclusive até mesmo presencial, perante todas as empresas que operam no SFN.

O BANCO CENTRAL DO BRASIL

O Banco Central do Brasil é uma pessoa jurídica *sui generis* porque constituída sob a forma de autarquia federal. Ou seja, integra a administração pública federal indireta, tendo receita própria e autonomia administrativa desde a sua criação com a Lei 4.595/1964, com a contratação de funcionários públicos próprios mediante disputadíssimos concursos públicos. O BACEN tem sucursais em Belém, Brasília, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Salvador. Ele é efetivamente um colegiado composto por cinco diretores, sendo um deles o seu presidente. A direção do BACEN realiza deliberações em nível de colegiado, o que

Ihe dá mais intensa credibilidade em nível nacional e internacional. Eduardo Fortuna (2009, p. 21) após apresentar o rol de atividades legais do BACEN observa que ele é o banco dos bancos, é o gestor do SFN, executor da política monetária, é o banco emissor da moeda de curso forçado, o banqueiro do governo e centralizador do fluxo cambial. Percebe-se, deste modo, que suas atividades e funções são multicomplexas.

Nesse contexto de autonomia do BACEN, ele atua perante o SFN através de atos normativos, sendo os mais importantes as Resoluções CMN, as Resoluções BCB, as Circulares BACEN, nos termos do Decreto nº 10.139/2019. A autonomia do Banco Central – de seu presidente e do colegiado de diretores –, revela-se de todo necessária diante da história política brasileira, mas não apenas dela. Sobejam razões econômicas e políticas para que haja autonomia do BACEN, o que será visto a seguir.

POPULISMO E INFLAÇÃO

O Brasil continua um país sem estabilidade política; a econômica está-se consolidando, mas ainda é trôpega. Um país continental ainda não tem identidade política unitária, o que é fruto das diversidades cultural, social, econômica e, por certo, política. E a política ainda apresenta um perigoso viés de exacerbado populismo. Evitam-se despesas públicas próprias de populismo com a autonomia do BACEN. A seguir, breve relato de momentos da história política brasileira que fizeram a nossa história econômica muitas vezes desastrada.

A primeira e mais longa intervenção econômica e política veio das mãos de Getúlio Vargas, dos anos 1930 até 1945. “Desde 1930, Getúlio vinha governando por decreto, após suspender a Constituição Federal, dissolver o Congresso, as Assembleias Legislativas e as Câmaras municipais, destituir prefeitos e governantes dos estados, eliminar as prerrogativas individuais e instituir um tribunal de exceção para julgar crimes políticos” (LIRA Neto, 2013). Em 1951 foi novamente presidente do Brasil pelo efeito de uma eleição direta. Hável ditador, mas inseguro democrata, nos anos de seu governo ditatorial, Vargas tentou aquecer a economia ao aprofundar a intervenção industrializante, garantir empregos combatendo o

custo de vida, e com o crescimento econômico (SCHWARCZ, 2015, p. 400). Com ele iniciou-se a busca pela autossuficiência no petróleo, a produção de minério de ferro, a construção de estradas e outras despesas públicas para o crescimento econômico do país. Entretanto, as medidas políticas e econômicas dele não mais encontravam apoio social para manter-se no poder, levando-o a deixar o seu segundo governo, e a vida, em 24 de agosto de 1954: “Os relógios marcavam 8h30 da manhã. Cinco minutos depois, o barulho seco de um tiro ecoou no palácio” (LIRA Neto, 2014).

Logo após, e não sem instabilidade política, Juscelino Kubitschek foi eleito presidente do Brasil para o período 1951 a 1956. Empreendedor, no governo JK houve o chamado Plano de Metas, integrado por 31 itens diferentes. Mas, houve três problemas fundamentais causados pelo desenvolvimentismo de JK (SCHWARCZ, 2015, p. 422-3): o primeiro foram empresas estrangeiras assumirem o controle de setores do desenvolvimento econômico, sem o mínimo controle nem intervenção do governo; o segundo foi o crescente déficit da balança comercial, que teve como efeito principal a emissão de moeda para os pagamentos das vultosas despesas do governo; e o terceiro problema foi o de fazer crescer o Brasil, com inflação, e apesar dela. E ela veio forte. “Na área dos gastos públicos, o presidente mostrou-se relutante em sancionar quaisquer tentativas em relação às verdadeiras medidas de austeridade” (SKIDMORE, 1975, p.220). Ainda, foi emitida moeda pelo governo, para o pagamento do elevadíssimo custo da obra de construção de Brasília; porque “em 41 meses, uma cidade futurista surgira no meio do nada” (BUENO, 2010), no final dos anos de 1950.

Juscelino foi o primeiro “jota” de três presidentes: a primeira letra do nome de cada um deles. O segundo foi o desastrado Jânio Quadros: eleito presidente do Brasil em 3 de outubro de 1960, foi presidente de 31 de janeiro de 1961 até 25 de agosto daquele ano: “Empossado sete meses antes, Jânio Quadros havia renunciado (...)” (MARKUN, HAMILTON, 2011, p. 14). A instabilidade política no período 1961-1964 foi economicamente desastrosa: onde não há governo, a inflação é desgovernada. E o terceiro, refém de um sistema político disfuncional e de impossível realização com a democracia, foi João Goulart, “Jango”, como era conhecido. Naquele período, tentando

salvar-se a democracia, houve um curto período parlamentarista, embora ainda forte a figura política do Presidente da República: “Se o parlamentarismo foi incapaz de produzir resultados na agência de mudanças, seu desempenho na economia foi ainda mais desanimador. O crescimento per capita do PIB caiu de 7,2% de 1961 para 2,3% em 1962 e a inflação subiu de 42,9% para 55,8% (ALONSO, DOHNIKOFF, 2015, p. 31). Jango elaborara o chamado “Plano Trienal” caracterizado por mudanças “nas esferas administrativa e política” para as quais o país não estava preparado nem o governo tinha condições de realizar. (...) Era demasiado ambicioso para tão limitado prazo de um governo com suas forças progressivamente diminuídas pelo tumulto de uma série de problemas, e tornou-se irrealizável. Jango herdara duas heranças difíceis, recebendo o espólio administrativo de Juscelino Kubitschek, agravado por Jânio Quadros.” (SILVA, 2014, p. 132).

Logo após esse conturbado período de intensa instabilidade política, um novo período formara-se no horizonte político do Brasil. E foi para o bem e para o mal, ao mesmo tempo. “O que se travou no Brasil, da posse (em setembro de 1961) à queda (em abril de 1964) de Goulart, foi o choque entre duas visões conflitantes da política e, especialmente, da economia (BUENO, 2010). O presidente deposto pretendia realizar as “reformas de base”, de típica índole marxista, enquanto as forças que o depuseram, de típica orientação pelo modelo norte-americano, usavam o binômio “segurança e desenvolvimento”. Foi um golpe de estado, assunto que não cabe nestas linhas. Nesses anos todos sequer havia a ideia de controle do sistema financeiro como elemento efector e catalisador da economia: tratava-se apenas e tão-somente do controle contábil das empresas bancos, e nada mais.

Entretanto, as mudanças estavam por acontecer, pelo menos em lei. A instabilidade política brasileira não permitiu a estabilidade econômica, embora sucessivos projetos de lei buscassem a instauração do Banco Central. Apenas em 1964 veio a nova lei, e pela força política dos militares.

No período dos anos de 1964 a 1985, as sucessivas obras dos governos militares, tais como usinas nucleares, rodovias desbravadoras, grandes geradoras de eletricidade, e pontes, foram pagas com a emissão de moeda. Em parte, esse fenômeno ocorreu a partir de 1968, “durante o qual a expansão econômica teve uma

taxa média altíssima de 10,9%” (SKIDMORE, 1998). Nesse período, a economia esteve nas mãos do economista João Antônio Delfim Neto, orquestrada pelos militares. Todos os valores disponíveis foram gastos em obras com perfil clássico desenvolvimentista de direita. Entretanto, o BACEN embora existente, ainda se limitava a parca administração bancária.

Com a crise mundial em 1973, resultado de súbita elevação dos preços do barril do petróleo, houve o ressurgimento do processo inflacionário, o qual somente foi debelado em 1º de julho de 1994, ano de vigência da atual moeda brasileira, o real. Mas até 1985, com a saída do último general da presidência da república, João Figueiredo, a economia ainda era fechada, e por esse motivo, tendia à inflação.

A democracia brasileira ressurgiu em 5 de outubro de 1988 com a promulgação da atual Constituição federal. Mas, infelizmente, a democracia veio acompanhada da espiral inflacionária, tornando-se mais cruel a cada sucessivo plano econômico objetivando o controle e a supressão do problema inflacionário. Foram necessários quase seis anos de porfiada luta para ser alcançada a tão desejada estabilidade monetária. A propósito da inflação, o índice dela, calculado entre dezembro de 1979 e junho de 1990 (LEITÃO, 2011) foi de inimagináveis 13.342.346.717.617,70% (treze trilhões, trezentos e quarenta e dois bilhões, trezentos e quarenta e seis milhões, setecentos e dezessete mil, seiscentos e dezessete por cento!), causado em parte pela ausência de um banco central independente.

Ao ser transferido o poder para os civis, com a eleição de Tancredo Neves para a presidência do Brasil, em 1985, o processo inflacionário era perceptível e, mesmo assimilado em parte, já era preocupante, o que fez surgir em 1986 o primeiro choque heterodoxo para o controle da inflação.

Os economistas basearam-se em criar os chamados os planos “heterodoxos” para conter a inflação. Tratava-se (DURAN, 2010) de “congelamento total e generalizado de preços e de rendimentos, acompanhado por políticas monetária e fiscal passivas e de desindexação da economia”. Entretanto, o resultado de cada um deles foi o aumento da espiral inflacionária, conforme segue (DURAN,

2010): Plano Cruzado, 1986 – 69,7%; Bresser, 1987 – 423,7%; Verão, 1989 – 2.271%; Collor I, 1990 – 358,9%, e Collor II, 1991 – 513,6%.

A partir do Plano Real, ainda em 1993, e implementado a partir de 1º de julho de 1994, foi amplamente proposta e previamente conhecida, a introdução da URV – unidade real de valor, a partir de um complicado cálculo de comparação de inúmeros preços de produtos brasileiros com uma cesta de moedas de outros países. A resultante foi essa unidade fictícia que veio a ser convertida em a moeda brasileira atual, o real³.

Passados muitos anos, consolidado o real apesar das crises internacionais de 1997, de 1999 e de 2008, a economia brasileira enfrentou mais um período de turbulências, esse de causa exclusivamente interna. A economia ficou atrelada ao interesse ideológico do partido político que governava o país. Esse fato por si só não depõe contra a então presidente nem a seu partido político, porque os governos militares, sem exceção, assim o fizeram durante 21 anos, de 1964 até 1985. Thomas Skidmore (1998, p.310) bem refere que “todos os planos de estabilização desde 1953 haviam produzido dores políticas de curto prazo, como quedas no salário real e encolhimento de crédito, criando uma recessão”.

Mas, somente a partir do Plano Real, que foi previamente anunciado, estruturado e debatido por sucessivas medidas provisórias, houve o controle da inflação. No período anterior às eleições gerais de 2018, para alcançar a reeleição, a presidente à época impôs ao BACEN anômala queda da taxa de juros praticada pelo governo federal. Embora reeleita a então presidenta(sic), essa teratológica intromissão na economia foi percebida por todos os segmentos da sociedade brasileira, fazendo com que a presidenta sofresse graves e intensas pressões sociais, políticas, ideológicas e econômicas. Mas, aventuras econômicas têm preços políticos muito altos. E, a exemplo do que ocorrera com Fernando Collor, Dilma Rousseff também foi deposta pelo Congresso, deixando o cargo em 31 de agosto de 2016.

Tais abordagens até agora apresentadas, revelam, entre outras, as necessidades da autonomia do BACEN, para que a economia

3 Para a melhor compreensão do tópico, sugere-se a leitura de “Saga brasileira, a longa luta de um povo por sua moeda”, livro acima referido.

seja conduzida por suas próprias leis, evitando-se artificialismos e populismos. Assim, ao evitarem-se intromissões espúrias no controle da economia, que deve estar nas mãos do BACEN, manter-se-á sob controle a inflação, dos preços e do poder de compra dos salários. Essa análise foi necessária para entender-se que o poder político não pode se tornar um poder econômico sem controle. Isso se dá porque a economia impõe suas mutações à atividade bancária, que deve ser controlada pelo BACEN.

OS DESAFIOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Após estas constatações acerca de condicionantes legais, conjunturais e fáticas a que se subordina todo o SFN, e em particular ao BACEN, imperiosa se faz uma análise do atual cenário do SFN, em franca mutação de físico para virtual.

A atual capacitação tecnológica disponível fez a mutação de operações bancárias vinculadas a papel para operações eletrônicas e pela web, acessíveis exclusivamente pelo consumidor e sem a intervenção do banco. Novos produtos e serviços surgem naturalmente para darem ao consumidor prontas soluções para a compra e venda de dinheiro, bem como para atividades dissociadas do crédito, como as funções de pagadoria e de coleta de obrigações públicas e privadas, nos termos da Resolução CMN 1764/1990.

Quanto aos desafios, esses são perceptíveis, mas não previsíveis, de todo. Isso ocorre porque o gênio inventivo do ser humano faz a evolução da vida material, e com ela encontra naturalmente novos problemas, os quais vêm exigir as soluções respectivas. Um dos problemas mais graves ainda é o custo do acesso a produtos e serviços bancários. A redução desse custo veio a partir do abandono do mundo bancário em papel para as operações na web. Nestas linhas não há o escopo nem o espaço de análise de todo o espectro de operações passíveis de realização, *a priori*, pelo consumidor sem a presença dele nas dependências físicas do banco, como abrir uma conta, por exemplo.

A escolha veio diante de dois novos serviços profundamente impactantes no dia a dia das operações bancárias, os quais alcançam

intensamente e amplamente todo o universo dos consumidores clientes bancários: o PIX e o Open banking.

O PIX

O PIX é um arranjo de pagamentos inovador, instituído pela Resolução BCB 01, de agosto de 2020⁴, obrigatório para as instituições financeiras que possuem mais de 500.000 clientes. Porém, as demais poderão implementar esse arranjo, por adesão voluntária. Vejam-se que operações com o uso de cartões bancários há muito superou o uso do cheque e dos inconvenientes dessa forma de pagamento, como o uso da contraordem pelo emitente até a emissão de cheques sem fundos, ou mesmo de contas encerradas. E os valores transacionados em meio eletrônico ou pela web, superam e muito os valores ainda pagos por cheque. Tanto isto é verdadeiro que a menor expressão econômica de transferência de valores, sem o uso do dinheiro, entre pessoas diversas, se dá por meio do cheque. O uso de cartões bancários, de crédito ou de débito, faz vinte anos que representa o maior volume de operações de transferência de dinheiro para pagamentos de bens e de serviços.

A mais intensa mutação do SFN no plano virtual tem o nome PIX, um serviço de transferência de valores entre duas pessoas, sem a dependência do funcionamento de bancos envolvidos na operação nem do horário bancário. Consolidado o PIX, ele caminha para ser o meio mais eficaz e rápido de transferências de valores, sem que haja sequer uma referência bancária típica, haja vista o uso das chamadas chaves identificadoras do emissor e do recebedor da operação. Em apenas três meses de operação, o PIX contém mais de 159 milhões de chaves abertas. São 65 milhões de usuários do sistema, sendo mais de 61 milhões em pessoas naturais, o que evidencia a confiança e a utilidade do serviço.

Em janeiro de 2021 realizaram-se mais de 200 milhões de operações PIX, o que superou em muito tanto o DOC – Documento de Operação de Crédito, quanto a TED – Transferência Eletrônica de Dados, somados esses modos de transferência de valores entre

4 <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=1>, acesso em 08-JUN-2021.

contas. Gratuito para o consumidor, o PIX é altamente desejado pelos bancos porque elimina todo o serviço de registro da TED e DOC. Ou seja: eliminam-se sistemas, modos de registros, custos de registro, de transferência e de inserção de dados nas contas emissora e recebedora dos valores.

Instantâneo, por assim dizer, ele opera 24h, sem se submeter a horário bancário, ao pagamento de tarifas nem de dia útil para efetivar as transferências. Esse arranjo de pagamentos, ainda em assimilação, caminha para operar como um cartão de crédito e conta corrente. As novas funcionalidades do sistema serão:

- PIX-salário, para as contas bancárias exclusivas de recebimento de salários;
- PIX-aproximação, em que dois sistemas PIX identificar-se-ão pela proximidade respectiva e será feita a operação de envio e de recebimento dos valores;
- PIX-garantido, para os pagamentos parcelados, e
- PIX-automático, para a atual função dos chamados débitos automatizados em conta corrente.

O sistema, portanto, será de efetiva utilização, tornando-se obsoletos – e por que não dizer inúteis –, os atuais modos de transferência de valores entre pessoas titulares de contas bancárias em instituições diversas.

Mas, num futuro ainda mais distante, quais serão as novas mudanças? Entre elas, os grandes bancos hão de desaparecer, porque o sistema cooperativo é de menor custo, de idêntica funcionalidade, cria afinidade entre os cooperados pela própria formação da cooperativa, facilita e individualiza o perfil de consumo, e evita o mais problemático de todos os vieses do atual sistema bancário: a irresponsável oferta de crédito ao consumidor. E ainda faz com que todos os valores pagos se convertam em prol dos cooperativados.

O Banco Central do Brasil, através da web, tem disponibilizado ao povo brasileiro todo um conjunto de informações para a compreensão de suas atividades, estrutura, normativos, bem como para dar efetividade à sua responsabilidade constitucional com o futuro do

Sistema Financeiro Nacional, sólido e eficaz. Assim foi com o PIX, e também está sendo com o open banking.

O OPEN BANKING

O Open Banking⁵, ou banco aberto, é um novo modo de operacionalidade do SFN, conforme a Resolução Conjunta 01, de 04 de maio de 2021. Segundo publicações do próprio BACEN, o Open Banking é a padronização do processo de compartilhamento de dados e serviços financeiros pelas instituições autorizadas a funcionar pelo BCB, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de tecnologia.

O open banking é um sistema controlado pelo BACEN, acessível a qualquer instituição financeira, cuja função é capacitar e qualificar a informação bancária do consumidor visando a inserção dele no ambiente do sistema financeiro aberto. Trata-se de sistema que preserva o sigilo bancário bem como todas as informações relativas à pessoa do consumidor. Mas permite que o consumidor seja beneficiado com a oferta de um ônus econômico menor para realizar suas operações bancárias de crédito e de serviços diversos.

Segundo o BACEN, trata-se da democratização do SFN, ou seja, ele será acessível, o consumidor terá o pleno domínio das operações: que realizar, quando realizar, com quem realizar, mensurando custos e obtendo o benefício de seu status econômico diante de uma possibilidade aberta de escolha. O open banking foi construído baseado em outros sistemas similares, o que dá ao sistema brasileiro um perfil próprio, a partir da nossa realidade.

Ele está operacional desde fevereiro de 2021, mas comporta uma natural evolução a partir da própria concorrência dos ambientes virtuais que se imbricam ao SFN, realizando uma interação arquitetada especificamente em prol do consumidor.

Conforme publicado no sítio do BACEN, o “escopo de compartilhamento é dividido em quatro fases: Open Data (1º/2/21) – dados sobre canais de atendimento, produtos e serviços relacionados a contas, cartão de crédito e operações de crédito; Dados Cadastrais

5 <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Conjunta&numero=1>

e Transacionais (15/7/21) – dados cadastrais e transacionais de clientes relacionados aos mesmos produtos e serviços da fase inicial; Serviços (30/8/21) – serviços de iniciação de transação de pagamento e de encaminhamento de proposta de operação de crédito; e Open Finance (15/12/21) – dados sobre operações de câmbio, investimentos, seguros, previdência complementar aberta, entre outros”. É a padronização e a digitalização dos sistemas envolvidos. O open banking traz quatro novidades: permite a comparação entre as ofertas das instituições aderentes; traz aplicativo de aconselhamento financeiro e de planejamento familiar, permitirá a realização de pagamentos por meio de mídias sociais; e o Marketplace de crédito, ou seja, o mercado de crédito ficará plenamente acessível para a realização das operações com a menor onerosidade total possível.

Veja-se que o ato normativo especifica que se trata de “compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração do sistema”, o que traz, entre outros princípios, o da cidadania financeira.

Em as definições, estão: o cliente; a instituição transmissora de dados e a instituição receptora de dados; a instituição detentora da conta e a instituição iniciadora de transação de pagamento; serviço de iniciação de transação de pagamento e o consentimento do cliente; a chamada de interface e a assinatura de método; as transações de pagamento sucessivas e a agregação de dados. Todos estes personagens são os elementos efetores da operacionalidade do sistema, e sem os quais não há o funcionamento dele. Os princípios do sistema financeiro aberto são a transparência; a segurança, a privacidade de dados e de informações sobre serviços compartilhados no âmbito da Resolução Conjunta; a qualidade dos dados; o tratamento não discriminatório; a reciprocidade; e a interoperabilidade. Por certo que outros princípios de idêntico escopo são aplicáveis, como a ética e a resiliência, entre as instituições participantes, o BACEN e os consumidores, para a superação de problemas não previstos em os normativos.

A resolução conjunta também prevê um rol não taxativo de elementos para a realização do escopo de dados e serviços, facultando às instituições financeiras aderentes e às participantes a inclusão de outros elementos capazes de dar efetividade ao escopo de dados

e serviços. O consentimento do cliente é essencial, é inafastável, é imprescindível para que se inicie a operacionalidade do sistema. Precedido da solicitação, ele precisa ainda da autenticação e da confirmação respectivas, sempre por meios eletrônicos. Além disso, ele sempre se dará de modo próprio, não se admitindo qualquer espécie de aceitação presumida nem pré-solicitada, como cláusula em contrato de adesão, por exemplo. E ele ainda conterá informações como prazo, opção, valor, modo, tempo, origem, revogação, recebedor, destino e finalidade, por exemplo, necessárias às atividades do novel sistema.

O passo seguinte para a operacionalidade do open banking é a autenticação, que envolve o nível de risco, o objeto do compartilhamento, e o respectivo canal de atendimento; a seguir vem os fatores da autenticação, suas etapas e a duração do procedimento; a política de segurança cibernética das instituições envolvidas deve estar compatível com o novel sistema.

A responsabilidade da operação é da instituição transmissora de dados e da detentora da conta; ao consumidor será solicitada a confirmação do compartilhamento, a qual envolverá indicar qual a instituição receptora dos dados, a sua validade e dados transmitidos; haverá interfaces dedicadas e aptas a essas transferências, bem como canais de atendimento dedicados a essas finalidades. Ficam vedados quaisquer procedimentos específicos, em cada instituição, visando criar empecos à operacionalidade do open banking.

Para garantir todo o trânsito de operações do sistema, as instituições deverão efetivar os necessários mecanismos de acompanhamento e de controle a fim de manter a confiabilidade, a disponibilidade, a integridade, a segurança e o sigilo respectivos. Haverá o ressarcimento de despesas entre instituições participantes decorrentes do compartilhamento de dados e serviços. Entretanto, não haverá ressarcimento de serviços de iniciação de pagamento em quantidades específicas, relativas a cadastro e de transações de contas bancárias, câmbio e outras.

As instituições participantes poderão realizar convenção a fim de harmonizar seus ambientes tecnológicos para melhor efetivarem as funcionalidades do open banking. O BACEN deverá interagir com as instituições participantes, aprovando qualquer convenção elaborada,

inclusive criando os primeiros ambientes tecnológicos próprios, a partir dos quais elas hão de se comunicar com o BACEN e entre si. A Resolução Conjunta entrará em vigor dia 1º de junho de 2021.

O BACEN através da Circular 4015, de 4 de maio de 2020 trouxe ao público o normativo básico em que “disciplina o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (**Open Banking**)”. Interessante observar que a finalidade é a de abertura da operacionalidade dos dados e serviços do novo sistema, permitindo que, além do rol obrigatório, as instituições participantes enriqueçam as opções previstas, qualificando os portfólios criados a partir de seus próprios produtos e serviços. Enfim, o consumidor sempre será beneficiado.

A LEI COMPLEMENTAR 179/2021

A Lei Complementar 179/2021⁶ trata da autonomia do BACEN, um documento jurídico de extremada relevância social, política, mas sobretudo, econômica.

A autonomia do BACEN não é assunto novo. Pelo contrário, desde 1994, a partir do Plano Real, foi dada maior atenção à qualidade das responsabilidades do Banco Central do Brasil. Esse fenômeno foi efetivo a partir da nova moeda, o real, e de mudança dos perfis de atividade econômica do estado brasileiro, o que fez cair a inflação brasileira e nascer a estabilidade monetária. Para compreender-se melhor este ponto, a inflação oficial brasileira, no primeiro semestre de 1994 foi de 757,29%. A inflação do real, do segundo semestre daquele ano foi de 18,57%, conforme a informação oficial do IBGE. Essa diferença representa 40,78 vezes menor a inflação havida no primeiro semestre do real. Também por esta razão, o BACEN finalmente mostrou o quanto é importante a sua autonomia.

O projeto de lei 19/2019, da autonomia do BACEN, estava em votação perante o Senado, depois de sua aprovação na Câmara dos Deputados: ele recebeu a sanção presidencial convertendo-se na LC 179/2021. Entre outras críticas a esse PL, estão a de que, desde 1999, o BACEN teve apenas cinco presidentes; também é referida a necessidade da demissão *ad nutum*, a fim de evitarem-se antagonismos entre o Presidente da República, quem indica os

6 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp179.htm. Acesso em 08-JUN-2021

eventuais diretores do BACEN, e aquele que será o presidente do BACEN.

Os futuros diretores do BACEN terão mandato fixo de quatro anos e serão assumidos os cargos em períodos desvinculados e sucessivos da eleição do presidente da república. Ainda, cogitou-se a questão de que os condutores da economia não foram escolhidos pelo povo, devendo ser mantido o controle da economia no parlamento. Quanto a este último argumento, lembre-se que o atual Código Civil estava pronto em 1975 e somente em 2002 veio a ser promulgado; o parlamento, à toda evidência, não detém capacidade nem agilidade políticas para realizar essa função própria do BACEN.

A LC 179/2021 está em perfeita harmonia com a Constituição Federal, e deverá ser interpretada em sentido extensivo à Lei 4.595/1964, a lei que atribui competências ao BACEN, a fim de colocar o Brasil no seleto grupo dos países que detém a melhor credibilidade econômica internacional, a partir da autonomia do Banco Central do Brasil.

AS SUPERIORES RAZÕES PARA A AUTONOMIA DO BACEN: A TELEOLOGIA DA ATIVIDADE DO BACEN CONDUZ À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Razões econômicas não são as determinantes para essa autonomia do BACEN. Nesse contexto, inserem-se a dignidade humana – por certo não apenas em seu contexto material –, mas também a proteção do consumidor, que é acumulador e consumidor de riqueza. O consumidor é a pessoa titular de direitos *sui generis* previstos no artigo 5º, inciso XXXII, competindo ao Estado promover a sua proteção. A autonomia do BACEN, ao fazer efetiva a estabilidade da moeda e do crescimento da nação, fará também a supressão da pobreza e da miséria que ainda degradam a pessoa humana do povo brasileiro.

A partir da nova lei, os mandatos dos diretores do BACEN suceder-se-ão no tempo, todos desvinculando-se da eleição presidencial. Embora fixos, esses mandatos admitem apenas e tão-somente única recondução, o que é de todo recomendável.

O foco da justificativa essencial para a autonomia do BACEN, é o cumprimento da meta operacional de controle da inflação – e por este motivo – faz o desestímulo à elevação da taxa inflacionária, que é o principal revés da história econômica brasileira. Portanto, esse novo status jurídico-econômico brasileiro tem plenos e insofismáveis motivos para a sua necessária consolidação. Trata-se de novo status jurídico do BACEN altamente desejável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Banco Central do Brasil é uma instituição com efetivo destaque dentro dos cenários políticos, econômicos e sociais nos quais se insere o povo brasileiro, ainda distante de sua necessária dignidade material. Sua influência é tão intensa que tem idêntica expressão e lugar ao lado dos poderes da república.

Para a alcançar a sua efetividade e responsabilidade constitucionais, o Banco Central do Brasil revelou-se, desde os primeiros trabalhos para a consolidação do real, uma instituição sólida, pró-ativa, resiliente, e extremamente apta para manter o Sistema Financeiro Nacional operando em nível de excelência. Foram necessárias décadas de inflação para que se formasse uma cultura política e social mobilizada o suficiente para dar valor ao Banco Central do Brasil.

E mais ainda: foi necessária uma nova compreensão de que muito deveria ser feito em nível político para dar sustentabilidade a um novo status econômico à República Federativa do Brasil para se consolidar a estabilidade econômica. Passados quase trinta anos, finalmente veio a tão desejada quanto indispensável lei outorgando a necessária e imperiosa autonomia do Banco Central do Brasil. Faltava a sua autonomia em nível de lei complementar. Faltava...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Limites à atuação estatal no controle de preços. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. BARROSO, Luís Roberto. Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Teoria Geral da Constituição. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1404p.

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de Filosofia. Trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. 437p.

BUENO, Eduardo. Brasil: uma história. Cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010. 480p.

ALONSO, Angela. DOLHNIKOFF, Miriam. Organiz. 1964 do golpe à democracia. São Paulo: Hedra, 2015. 419p.

DURAN, Camila Villard. Direito e Moeda. O controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2005. 184p.

FORTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro. Produtos e Serviços. 17ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008. 864p.

LEITÃO, Miriam. Saga brasileira. A longa luta de um povo por sua moeda. 4ª ed. Rio de Janeiro: RECORD, 2011. 475p.

LEITÃO, Miriam. Saga brasileira. A longa luta de um povo por sua moeda. 4ª ed. Rio de Janeiro: RECORD, 2011. 475p.

MARKUN, Paulo. HAMILTON, Duda. 1961. O Brasil entre a ditadura e a guerra civil. São Paulo: Benvirá, 2011. 367p.

NETO, Lira. Getúlio 1930-1945. Do governo provisório à ditadura do Estado Novo. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 594p.

NETO, Lira. Getúlio 1945-1954. Da volta pela consagração popular ao suicídio. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 429p.

SCHWARCZ, Lília M. STARLING, Heloisa M. Brasil: uma biografia. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. 694p.

SILVA, Hélio. Colaboração de Maria Cecília Ribas Carneiro. 1964: Golpe ou contragolpe? Porto Alegre: L&PM, 2014. 368p.

SKIDMORE, Thomas E. Brasil: de Getúlio a Castelo. Tradução por uma equipe coordenada por Ismênia Nunes Dantas. 4ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 1975. p.

SKIDMORE, Thomas E. Uma História do Brasil. Trad. Raul Fiker. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 1998. 356p.

CAPÍTULO 4

**A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS:
UM ESTUDO DE CASO SOBRE A PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS NAS CIDADES DE SÃO PAULO E
NOVA IORQUE¹**

Sílvio Tadeu de Campos

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos dez anos, o avanço da tecnologia tem pressionado os governos de todas as esferas, seja federal, estadual ou municipal, a adotarem medidas para sua maior implementação na prestação de serviços por eles oferecidos a seus administrados, com o foco na eficiência e na desburocratização desses serviços, com o intuito, inclusive, de garantir a universalização dessas atividades oferecidas a eles.

Ocorre que, diante desse contexto de uma maior digitalização dos serviços públicos, municípios de diversos países têm investido na aplicação de novas tecnologias em suas atividades, inclusive o município de Nova Iorque, no estado homônimo, nos Estados Unidos, e o município de São Paulo (num período em que o governo do estado têm investido na tecnologia para aumentar a eficiência dos municípios, conforme demonstrado no lançamento do programa “Cidades Inteligentes” no âmbito estadual²).

Essa realidade se mostra evidente num contexto em que o intuito da desburocratização e da digitalização para o aumento da eficiência, produtividade e atendimento aos cidadãos de forma universal pelos gestores municipais no cenário mundial se concentra na inclusão desses municípios no grupo das “*Smart Cities*” (ou Cidades Inteligentes), de definição não definida pela doutrina, mas, em sua maioria, pensada como um conjunto entre as ferramentas utilizadas

1 Comunicado científico publicado nos Anais do Congresso Internacional de Direito e Tecnologia – CONDITEC, ocorrido no período de 10 a 13 de maio de 2021.

2 Disponível em: < <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sp-lanca-programa-cidades-inteligentespara-modernizar-gestao-publica/> >. Aceso em 25.06.2021.

para sua aplicação (como a tecnologia, a coleta de dados pessoais e a internet das coisas; e os benefícios almejados pelos municípios, sobretudo a melhoria da prestação dos serviços públicos (PRADO FILHO, 2020, pg. 50)).

O município de São Paulo (recentemente considerado a cidade mais inteligente do país, no *ranking Connected Smart Cities* de 2020³) e Nova Iorque, se encontram nesse grupo de cidades inteligentes no cenário mundial, inclusive por suas propostas de digitalização e maior universalização dos serviços públicos, que serão brevemente abordadas no presente trabalho.

Ocorre que, diante dessas mudanças em ritmo acelerado, as ameaças nos meios digitais são cada vez mais constantes e imprevisíveis, ainda mais num contexto de pandemia a nível mundial em que vivemos, obrigando a humanidade a realizar suas atividades cada dia mais por meios digitais, de forma que a criação de novas legislações e regulamentos com o objetivo de regulamentar a privacidade e o tratamento de dados pessoais pelos entes públicos e privados, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (GDPR ou RGPD), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD); e de melhorar a segurança eletrônica de informações pessoais em empresas privadas e órgãos públicos, como a *SHIELD Act* do estado de Nova Iorque.

O presente trabalho, portanto, tem como intuito analisar a conformidade na prestação de serviços públicos por meios digitais oferecidos pelas cidades de São Paulo e Nova Iorque com as legislações aplicáveis à proteção da privacidade e dos dados pessoais dos administrados, analisando boas práticas a serem observadas pelos entes públicos desses municípios para a melhoria no tratamento de dados pessoais dos cidadãos por eles administrados.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SETOR PÚBLICO

Inicialmente, importante abordar brevemente as normas e regras relativas à privacidade e à proteção de dados pessoais a serem observadas pelo Setor Público em geral previstas na Lei Geral

3 Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2020/09/14/pro/sao-paulo-e-a-cidade-mais-inteligente-dobrasil/>>. Acesso em 25.06.2021.

de Proteção de Dados Pessoais brasileira, de forma a contextualizar a prestação de serviços públicos pelos entes municipais para, posteriormente, analisar as propostas dos referidos municípios para a melhoria no tratamento de dados pessoais dos administrados.

Apontamos que, além de outras bases legais para o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, a LGPD, de forma expressa e específica, prevê a hipótese legal prevista no artigo 7º, inciso III, que prevê o tratamento de dados necessários para a execução de políticas públicas, na concepção fixada pela doutrina brasileira (CAMPOS, 2021, pg. 86).

Crespo *et al* lembram que tal dispositivo

“autoriza a Administração a tratar dados pessoais, desde que o faça atendendo e respeitando as diretrizes estabelecidas pela Lei, nos casos necessários para execução de políticas públicas ou quando o tratamento tiver respaldo em contrato, convênios e instrumentos congêneres.” (CRESPO *et al*, 2020, ebook).

Além dessa e de outras bases legais, a Lei prevê alguns limites a serem observados pela Administração Pública para o tratamento de dados pessoais de seus administrados. Entre eles, pode-se destacar as regras previstas no artigo 23, *caput* e no mesmo artigo 23, inciso I⁴.

O primeiro dos referidos limites a serem respeitados pelos entes públicos se trata da regra específica voltada ao tratamento de dados pessoais pela Administração, de forma que este deve ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, nos termos informados aos titulares dos dados quando de sua coleta, “na persecução do interesse público”, no intuito de serem executadas as competências

4 Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que:

I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos;

previstas em lei ou as atribuições legais dos serviços públicos nos termos de suas legislações.

Fernando Tasso, de forma didática e esclarecedora, aponta que o atendimento da finalidade pública está ligado ao princípio da impessoalidade, “na medida em que obriga o administrador a praticar o ato administrativo somente para o seu fim legal”, conforme apontado pela lei indicada para a execução da política pública (TASSO, 2019, pg. 251). Ademais, aponta que, no caso da LGPD, a finalidade pública é atendida no tratamento de dados pessoais dos cidadãos nos termos exatos da lei para a execução dessas políticas, na contribuição ao zelo pela proteção de dados pessoais desses cidadãos e à “garantia de seus direitos personalíssimos” (TASSO, 2019, pg. 252).

Fernando Tasso, ainda, esclarece que o interesse público deve ser objetivo dos atos administrativos que tratem os dados pessoais dos cidadãos, bem como que os dados pessoais devem ser tratados na forma disposta pela lei, de forma que o interesse público se manifesta na “preservação dos direitos e garantias fundamentais dos administrados”, essa é a demanda do ideal de bem comum num contexto em que prevalece a coletividade; e que “o poder público existe para cumprir uma função legal e, para tanto, a lei o investe de poder para fazê-lo.” (TASSO, 2019, pg. 252).

O outro limite a ser pensado no caso em tela se concentra naquele previsto no mesmo artigo 23, inciso I, que estabelece que as hipóteses de tratamento de dados pelos órgãos públicos sejam informadas, de forma clara e atualizada, informando, com relevância, a finalidade, a previsão legal, os procedimentos do tratamento e as práticas utilizadas para esse tratamento. Isso é como afirma Marcelo Crespo, que explica:

“Contudo, necessita-se que sejam transmitidas informações claras e precisas sobre a previsão legal, finalidade, procedimentos e práticas para a execução dessas atividades em canais de acesso facilitado, além de terem que indicar um encarregado de proteção de dados pessoais” (CRESPPO, 2021, pg. 23).

Por fim, podem ser destacados dois princípios a serem observados pela Administração Pública no trato dos dados pessoais de seus cidadãos:

1) o da finalidade, alcançado quando pela Lei ao prever que o tratamento dos dados e seu compartilhamento devem ser realizados conforme a necessidade para a execução das políticas públicas, “com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular”, de forma que não será possível ao poder público realizar o tratamento dessas informações pessoais sem a atenção à tais finalidades (TASSO, 2019, pg. 256). Assim, decorre desse princípio que o tratamento dos dados guarde relação intrínseca com a missão institucional do ente público responsável pelo tratamento, conforme previsto em lei (TASSO, 2019, pg. 256); e

2) o da necessidade, que guarda estreita relação com o anterior, uma vez que, conforme Fernando Tasso, “os dados coletados devem se restringir ao mínimo necessário à execução da política pública” prevista em lei executada pelo órgão competente, dentro da finalidade estabelecida. Assim, importante a realização de um verdadeiro programa de Governança em Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na esfera dos entes públicos, para que seja realizada uma análise sobre a conformidade dos dados tratados à finalidade estabelecida na respectiva legislação, com a produção de um mapeamento de riscos e “estabelecida a relação entre o custo e o benefício na manutenção de dados pessoais” (TASSO, 2019, pg. 257).

Diante dessas observações, passamos a analisar as políticas aplicadas pelas cidades de São Paulo e Nova Iorque para a implementação de sua conformidade às normas e leis aplicáveis à privacidade e proteção de dados pessoais vigentes em suas esferas de governo para a implementação de uma maior digitalização e desburocratização de seus serviços públicos.

TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NOS MUNICÍPIOS DE SÃO PAULO E NOVA IORQUE

No presente capítulo serão analisados, portanto, as políticas e protocolos adotados pelos municípios de São Paulo e Nova Iorque na persecução pela garantia da privacidade e da proteção de dados

peçoais de seus administrados na prestação dos serviços públicos cada vez mais digitalizados e desburocratizados pelos órgãos dessas duas municipalidades.

No caso da capital do Estado de São Paulo, a análise também recairá sobre a política de privacidade feita para o aplicativo E-saúde SP, aplicativo de telefones móveis usado para o cadastro de profissionais de saúde do município para sua interação com seus pacientes e outros profissionais da área.

São Paulo e proteção de dados no caso do aplicativo E-saúde SP

Conforme acima apontado, o aplicativo *E-saúde SP* apresenta uma política de privacidade para o manuseio pelos usuários atuantes na área médica para a interação com pacientes e demais profissionais do setor.

Referida política de privacidade apresenta algumas importantes informações na utilização do aplicativo que se encontram em conformidade com as normas e legislações vigentes no município direcionados à privacidade dos cidadãos e usuários. Entre elas, se destacam o banco de dados criptografados e a individualização e separação completa dos módulos de dados informados no cadastro dos usuários bem como dos módulos utilizados para o armazenamento dos dados pessoais e dos dados sensíveis. Ademais, o sistema apresenta duplicidade de cópias de segurança, na lógica dos chamados *backups*.

A política de privacidade em análise, também faz referência ao artigo 6º da Lei, ao informar que o aplicativo protege a identificação da pessoa/usuário, bem como à possibilidade de seus dados serem utilizados em pesquisas e para servir de base para políticas públicas a serem executadas pela Prefeitura de São Paulo, dentro de suas diretrizes. Acreditamos, todavia, que a última hipótese de tratamento de dados pelo município apontada em questão deveria ser informada e deveria ser solicitado o consentimento desses profissionais da saúde para que seus dados fossem objeto dessas atividades a serem executadas pela Prefeitura, na medida em que tais atividades não se enquadram, expressamente, na base legal disposta no artigo 7º, inciso III, da LGPD, visto que os dados tratados ainda não estão sendo

usados para futuras políticas públicas pela municipalidade, mas sim para apenas facilitar a interação dos profissionais usuários com seus pacientes e outros servidores da área sanitária, o que será melhor explicado ao final deste trabalho.

Outrossim, a política de privacidade, ainda, permite a visualização do conteúdo do aplicativo por menores de idade, sem, contudo, prever a proteção de dados pessoais nos casos de tratamento de dados pessoais desses titulares para o trabalho dos profissionais usuários do aplicativo, o que seria de modo relevante, visto que o aplicativo pode ser usado pelos profissionais de saúde para a troca de informações com outros servidores da área, sendo possível o câmbio sobre dados pessoais, inclusive os sensíveis e os referentes aos dados de menores de idade.

Patrícia Peck alerta que o tratamento dos dados referentes à saúde de cidadãos deve respeitar o consentimento dos titulares pessoais, mas que, inclusive, as bases legais previstas nos artigos 7º, 10 e 11 da Lei de proteção de dados preveem o tratamento de dados pessoais quando realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde e autoridade sanitárias, entre outras. Isso é o que ocorre no presente caso, em que os dados são tratados por profissionais da saúde para a proteção à vida de seus pacientes⁵.

Nesse contexto, portanto, de oferecimento de serviços públicos por meios digitais e acessíveis e de maior cautela sobre a privacidade e proteção de dados pessoais dos cidadãos, o município publicou, em 15 de setembro de 2020, o Decreto nº 59.767, regulamentando a aplicação da lei brasileira de proteção de dados em suas atividades, reiterando conceitos importantes e adotando medidas relevantes para a observância às boas práticas de privacidade nos serviços públicos.

José Faleiros Júnior, inclusive, observa o seguinte:

“Em sentido similar ao exemplo do Estado de Pernambuco, percebe-se a preocupação do Município de São Paulo, com o atendimento de diretrizes estabelecidas pela ANPD (art. 15,

5 PECK, Patricia. LGPD e saúde: os fins justificam os meios?. Disponível em: < <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/paciente-no-comando-lgpd-dados-sensíveis-saude> >. Acesso em 26.06.2021.

inc. II) e quanto ao compartilhamento de dados (art. 14), realçando-se a preocupação com o atendimento de dever legal, recomendação da agência ou mediante coleta prévia do consentimento do titular, observadas as hipóteses ressalvadas pela lei federal.

O debate volta a ser, essencialmente, sobre integridade governamental, o que reforça a preocupação com a verdadeira – e esperada – accountability pública. Farse- á necessário verdadeiro entrelaçamento, nas diversas esferas de atuação do Poder Público, para que se possa levar a efeito a verdadeira proteção de dados pessoais.” (FALEIROS JÚNIOR, 2021, pg. 132).

A Prefeitura Municipal de São Paulo elaborou no ano de 2020 uma cartilha e um material intitulados “Diretrizes para o Programa de Privacidade e Proteção de Dados” , com o intuito de estabelecer orientações a serem seguidas e aplicadas pelos agentes públicos do município para o atendimento às regras e princípios previstos na LGPD e no Decreto Municipal nº 59.767, de 15 de setembro de 2020, que também prevê a observância de regras pelos servidores municipais no âmbito da privacidade e proteção de dados pessoais dos cidadãos.

O referido material apresenta regras e princípios claros a serem observados pelos servidores públicos que tratem de dados pessoais de cidadãos paulistanos.

Entre o conteúdo desse documento, destacam-se os seguintes pontos:

- a) A elaboração da cartilha (analisada a seguir) sobre o programa de privacidade e proteção de dados baseada na LGPD e no Decreto Municipal nº 59.797, de 15 de setembro de 2020, da cidade de São Paulo em que há a previsão de implementação de projetos voltados à garantia da proteção de dados pessoais nos entes ligados ao município, com o objetivo de “garantir o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a liberdade de expressão”, entre outros princípios e objetivos fixados na Lei Federal⁶;

6 Prefeitura de São Paulo. Diretrizes para o Programa de Privacidade e Proteção de Dados da Prefeitura Municipal de São Paulo. São Paulo: Controladoria Geral do Município, 2020.

b) A previsão de que o tratamento de dados deve ser “justo e abertos” aos titulares, de forma que esses devem ter noção de seu direito de autodeterminação informativa, além de ser realizado com o foco no “equilíbrio entre os interesses públicos efetivados pela função administrativa”;

c) De forma bem clara e didática, o material prevê as obrigações do controlador, isto é, do órgão responsável pelas decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais dos administrados paulistanos. Entre elas, algumas regras e princípios bem definidos para as atividades desses entes públicos, como o respeito à limitação das finalidades do tratamento, “respeitando as leis e regulamentos aplicáveis”, além de respeitar a confidencialidades dos dados em cumprimento aos requisitos relacionados à segurança da informação; a minimização dos dados pessoais e a manutenção dos dados no período estritamente necessário para o cumprimento dos objetivos das políticas públicas previstas na respectiva legislação⁸;

d) Outrossim, a previsão da base legal prevista no artigo 7º, inciso III, bem explicado anteriormente, bem como a base legal voltada para o tratamento de dados sensíveis, importantes para o cumprimento das regras e princípios pelos servidores municipais, nessa qualidade, além do tratamento de dados de crianças e adolescentes, com ideal destaque para a necessidade de consentimento do responsável;

e) Ademais, importante a disposição da necessidade de que o consentimento pelos cidadãos deve ser feito de forma “livre, específica, informada e inequívoca”, de forma a estar claro que o administrado concorde com o tratamento e sua finalidade prevista na lei que prevê a respectiva política pública, assim como deve estar presente a clareza na informação sobre seu direito de retirada de consentimento; e

f) Por fim, importa a fixação dos deveres de avaliação de risco, monitoramento sobre as operações de dados e a implementação de um programa de privacidade em cada ente público municipal, a fim de se criar uma verdadeira cultura de privacidade e proteção de dados, zelando pela proteção de dados pessoais dos administrados e pela garantia de seus direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

7 Ibidem.

8 Prefeitura de São Paulo. Op. Cit., 2020.

Outro relevante passo realizado pela Prefeitura de São Paulo para a garantia da proteção de dados pessoais dos cidadãos na esfera municipal foi a divulgação da “Cartilha de Boas Práticas de Proteção de Dados e Privacidade”⁹ entre seus entes, entre estatais e órgãos relacionados à Administração Pública Direta.

Entre os passos a serem observados por esses organismos municipais, destacam-se três pontos bem pensados e que, se aplicados de forma efetiva e transparente, a garantia da privacidade, proteção de dados e proteção dos direitos fundamentais será maior, quais sejam:

- a) Conforme o item 2 da Cartilha, o tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma lícita, com transparência e que garanta a lealdade de seu processamento, nos termos da legislação aplicável e da informação dada aos titulares quando do início da execução da respectiva política pública;
- b) O item 7 prevê a obrigatoriedade da observância de algumas regras para o compartilhamento de dados, como a necessidade de o compartilhamento estar em conformidade com a finalidade do tratamento, sendo necessário, inclusive, por algumas ocasiões, o consentimento dos titulares. Assim, importante a observância dessas regras, “especialmente por aplicativos de comunicação instalados nos celulares funcionais ou pessoas”, como é o caso do aplicativo E-saúde SP cuja política de privacidade foi acima analisada, utilizado por profissionais de saúde para compartilhamentos de informações pessoais (inclusive sensíveis) para outros profissionais e seus pacientes, com atenção à base legal de tratamento de dados para a proteção da saúde dos cidadãos; e
- c) O item 8 prevê a realização de treinamentos e a contínua comunicação para a criação de uma cultura de privacidade no âmbito dos órgãos municipais, como incentivos aos colaboradores a exercerem suas atividades conforme as boas práticas a serem implementadas e a legislação aplicável.

Outras boas práticas inseridas na Cartilha em análise, todavia, também são importantes de serem observadas para garantir o respeito à proteção de dados pessoais e direitos fundamentais dos cidadãos paulistanos, como a promoção desses direitos, com respeito aos

9 Prefeitura de São Paulo. Cartilha de Boas Práticas de Proteção de Dados e Privacidade. São Paulo, 2020.

direitos de revogação do consentimento, de receber informações claras e precisas sobre esse tratamento, evitando a realização do tratamento para “fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos”; bem como a realização de um constante monitoramento sobre as operações de tratamento desses dados a fim de evitar o tratamento em desconformidade com as bases legais e regras previstas na Lei nº 13.709/2018.

Nova Iorque e protocolos de privacidade

O município de Nova Iorque, no estado homônimo, nos Estados Unidos da América, um dos maiores centros financeiros do planeta, também tem elaborado materiais voltados à aplicação de programas de privacidade em seus órgãos públicos.

Um desses materiais elaborados pela Prefeitura de Nova Iorque se trata do documento elaborado por Laura Negrón, a *Chief Privacy Officer*, a Diretora de Privacidade da Cidade de Nova Iorque intitulado “*Citywide Privacy Protection Policies and Protocols*”, cujo objetivo é abordar as políticas e protocolos adotados nos órgãos municipais e nas empresas contratadas e subcontratadas para prestação de serviços públicos que necessitem realizar o tratamento de dados pessoais dos cidadãos¹⁰.

Entre as várias políticas, protocolos, princípios e regras a serem observadas pelos órgãos públicos municipais (ou agências como se refere o documento) e pelos terceiros contratados pela municipalidade para a prestação de serviços públicos que necessitem das informações pessoais cujos titulares se concentram nos cidadãos administrados, se mostra possível destacar alguns, entre os quais:

- a) A relação da questão da privacidade com a Lei de Informação norte-americana, a “*Identifying Information Law*” e outras leis relativas ao direito de acesso à informação pertencente aos titulares dos dados pessoais. O documento esclarece que as dúvidas sobre a aplicabilidade dessas leis de informação devem ser feitas, a cada caso, ao agente de privacidade ou conselheiro geral do ente público ou até mesmo ao departamento legal ou de privacidade do próprio município.

10 10 Nova Iorque. *Citywide Privacy Protection Policies and Protocols* of the Chief Privacy Officer, City of New York. Nova Iorque: Mayor’s Office of Information Privacy, 2021. Pg. 1

Um ponto a ser destacado é a previsão de aplicabilidade da *New York State Freedom of Information Law*, que estabelece o processo para cidadãos requererem cópias de arquivos do governo estadual e municipal, bem como um padrão a ser seguido pelos servidores municipais para atenderem tais pedidos dos cidadãos, nos termos do subitem 1.6.1 do documento (NOVA IORQUE, 2021, pg. 5).

Além disso, prevê os protocolos e regras a serem seguidos pelos órgãos e empresas contratadas ou subcontratadas que tratem dos dados sensíveis dos cidadãos, como nos casos de contratações de serviços de tecnologia como aplicativos para o tratamento desses dados pelos servidores municipais (NOVA IORQUE, 2021, pg. 25);

b) A previsão da observância de princípios relacionados à privacidade e à proteção de dados pessoais tratados no âmbito municipal: tais princípios são a prestação de contas; a confiança no Poder Público; a governança responsável; a qualidade e integridade dos dados; e a previsão de salvaguardas de segurança.

Tais princípios são clara e didaticamente explicados no documento em análise, de forma que há também a explicação sua aplicação no âmbito público, em especial no cenário municipal dos órgãos de Nova Iorque.

A título de explicação, é importante destacar os princípios da prestação de contas e da governança responsável. O primeiro, conforme o documento, diz respeito à obrigação dos órgãos municipais em estabelecerem e implementarem políticas e protocolos, bem como desenvolvimento de estratégias e planos para os acessos periódicos de seus servidores para possíveis monitoramentos sobre as operações de tratamento, num verdadeiro ambiente de conformidade do ambiente digital do ente público. O segundo princípio, a seu turno, se refere à criação de um ambiente que respeite a legislação e princípios quanto à coleta e uso dos dados, por exemplo, por pessoas autorizadas, também dentro do contexto de criação de um programa de *Compliance Digital*. (NOVA IORQUE, 2021, pg. 8);

c) A disposição das responsabilidades atribuídas ao agente de privacidade de cada órgão municipal sobre a coleta, a retenção e tratamento dos dados pessoais. Estabelece o documento: “*Agency privacy officers must adopt this Policy*

as a baseline for the protection of identifying information maintained by their agency, and for the compilation and reporting of certain information regarding such policies.”

Além disso, podem os agentes de privacidade, adicionar, no programa de privacidade implementado pelo órgão respectivo, pontos relativos a políticas, protocolos e manuais em observância aos princípios e legislações aplicáveis à privacidade e ao setor de atuação do órgão correspondente (NOVA IORQUE, 2021, pg. 13);

d) Outro ponto interessante se concentra no conteúdo a ser incluído nos contratos que prevejam o compartilhamento dos dados pessoais com terceiros, nas figuras das empresas contratadas e subcontratadas, como, por exemplo, o escopo do trabalho sobre o qual se realizará o tratamento dos dados pessoais de cidadãos cujo tratamento tenha sido feito com o consentimento de seus titulares e em observâncias às leis e regras aplicáveis; e na previsão dos limites a serem respeitados por esses terceiros sobre o tratamento dos dados dos administrados (NOVA IORQUE, 2021, pg. 27); e

e) Por fim, a previsão de realização de treinamentos e materiais voltados para a educação e comunicação dos servidores de cada ente público municipal, bem como aos colaboradores das empresas contratadas e subcontratadas, para que sejam criados um efetivo programa de Compliance Digital e uma posterior cultura de respeito e boas práticas quanto aos direitos relativos à privacidade e proteção de dados pessoais dos cidadãos nova-iorquinos. Para tanto, recomenda-se comunicação por meio de módulos interativos online, *webinars* e materiais sobre melhores práticas na área, por exemplo (NOVA IORQUE, 2021, pg. 28).

Sobre esta implementação de políticas e protocolos pelos órgãos municipais, o documento em questão dispõe que tais órgãos “são responsáveis pela identificação do pessoal apropriado a tratar os dados dos cidadãos nova-iorquinos e pelo recebimento dos treinamentos pelos contratados. Para o treinamento, os órgãos devem identificar os trabalhos de cada servidor e da empresa contratada e o nível de acesso sobre os dados pessoais que eles possuem para a elaboração do programa de treinamento e comunicação adequado (NOVA IORQUE, 2021, pg. 29).

O documento, ainda, estabelece em seus anexos outras informações e protocolos a serem observados e inseridos na execução de políticas públicas e nos contratos firmados com terceiros que venham prestar serviços públicos.

Entre tais informações, o documento destaca o conteúdo a ser incluído nos contratos com empresas contratadas e/ou subcontratadas dependendo, por exemplo, do tipo desses contratos, do valor referente a esse contrato, ou, ainda, das responsabilidades de cada parte desse contrato (NOVA IORQUE, 2021, pg. 50).

A Cidade de Nova Iorque, portanto, tem se comprometido, com clareza e transparência, com a privacidade e a proteção dos dados pessoais de seus cidadãos, de forma a elaborar materiais que incentivem os órgãos municipais a criarem políticas, protocolos e programas de privacidade que ajudem a criar, no ambiente de cada ente público, uma cultura de respeito à integridade, não apenas na questão anticorrupção, mas também no cenário do tratamento dos dados pessoais dos cidadãos, em observância aos princípios, às regras, às leis aplicáveis e, sobretudo, aos direitos fundamentais dos titulares dos dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa década em que a humanidade passa por mudanças em seus hábitos, cada vez mais praticados por meios digitais, como *smartphones*, *tablets* e equipamentos inteligentes, os municípios de todo o mundo se encontram com o desafio tornar seus serviços digitais ou mesmo de facilitarem o acesso por esses novos meios, ao mesmo tempo em que devem priorizar a universalização desses serviços, sem que ocorram discriminações ou barreiras ao acesso pela população economicamente mais vulnerável.

O cenário de pandemia causada pela disseminação no planeta intensificou o uso desses equipamentos tecnológicos pelos seres humanos e pressionou os governos, da esfera municipal à federal, a adotarem medidas e serviços oferecidos pelos meios tecnológicos mais atuais, o que demanda o respeito às legislações, princípios e protocolos referentes à privacidade e proteção de dados pessoais aplicáveis em cada país do globo terrestre, sobretudo em relação ao

tratamento de dados sensíveis, em que se encaixa os dados relativos à saúde dos seres humanos, cada vez mais tratado pelos órgãos públicos por conta desse combate diário e árduo contra o vírus que deixou (e ainda deixa) tantas famílias entristecidas pela perda de entes queridos.

Os municípios de São Paulo e Nova Iorque, dois dos principais centros financeiros do planeta, têm mostrado comprometimento e responsabilidade sobre as práticas, políticas e protocolos voltados à privacidade e proteção de dados pessoais de seus administrados, com a elaboração de documentos e cartilhas de boas práticas a serem observados e implementados por seus órgãos e pelas empresas privadas contratadas e/ou subcontratadas para a prestação de serviços públicos que necessitem tratar tais dados pessoais.

Entre esses documentos, se destacam a Cartilha e o Manual de Diretrizes voltados para a Privacidade e Proteção de Dados Pessoais elaborados pela Prefeitura de São Paulo, com regras a serem seguidas e princípios a serem observados para a prática exemplar no tratamento de dados pessoais dos administrados.

Além disso, se destaca o documento elaborado pela *Chief Privacy Officer* da cidade de Nova Iorque, em que se apresentam boas práticas, regras, leis e princípios a serem seguidos pelos órgãos municipais e pelos terceiros contratados e subcontratados para a prestação de serviços públicos que tratem os dados pessoais dos cidadãos da cidade.

Tais documentos têm o objetivo comum de criar, em cada órgão relativo a essas municipalidades, um programa de privacidade e proteção de dados que incentive os servidores públicos a trabalharem com os dados pessoais, sobretudo os dados sensíveis, de forma ética, nos termos previstos nas legislações e observando os princípios aplicáveis a cada caso de tratamento, respeitando os direitos fundamentais pertencentes aos titulares desses dados, num contexto de ética e responsabilidade pelo Poder Público no trato dos dados pessoais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Sílvio Tadeu de. Bases legais previstas na LGPD para o tratamento de dados pessoais pela administração pública. In: DE BONIS, Bárbara Ferreira; KIAN, Fátima Aparecida (Orgs.). Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD: uma breve análise reflexiva. São Bernardo do Campo: Editora Nihon, 2021.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas; PINTO, Daniel Rodrigues; STADLER, Bianca Bona; SCAPINELLI JUNIOR, Marcelo Jesus Ferrari. Adequação e bases legais: o dilema do enquadramento legal das atividades de tratamento de dados pessoais. In: CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (coord.). Compliance no Direito Digital. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CRESPO, Marcelo. Proteção de dados pessoais e o poder público: noções essenciais. In: CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; RAMOS, Rafael (Orgs.) Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurueña; Centro de Estudos Municipal, 2021.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Governança de dados e o poder público: perspectivas à luz da lei geral de proteção de dados pessoais. In: CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; RAMOS, Rafael (Orgs.) Lei Geral de Proteção de Dados e o poder público. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Jurueña; Centro de Estudos Municipal, 2021.

Nova Iorque. Citywide Privacy Protection Policies and Protocols of the Chief Privacy Officer, City of New York. Nova Iorque: Mayor's Office of Information Privacy, 2021.

PECK, Patricia. LGPD e saúde: os fins justificam os meios?. Disponível em: < <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2019/paciente-no-comando-lgpd-dados-sensíveis-saude> >. Acesso em 26.06.2021.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Cidades inteligentes e o direito à privacidade, uma discussão necessária. In: RAIS, Diogo; PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida (Coords.). Direito Público Digital: o estado e as novas tecnologias: desafios e soluções. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

Prefeitura de São Paulo. Cartilha de Boas Práticas de Proteção de Dados e Privacidade. São Paulo, 2020.

Prefeitura de São Paulo. Diretrizes para o Programa de Privacidade e Proteção de Dados da Prefeitura Municipal de São Paulo. São Paulo: Controladoria Geral do Município, 2020.

TASSO, Fernando Antonio. Capítulo IV – Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: OPICE BLUM, Renato; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coords.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada – 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAPÍTULO 5

MONOCRATIZAÇÃO DO SUPREMO E O SISTEMA DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES MONOCRÁTICAS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

João Pedro de Oliveira Silva
Orcid 0000-0002-1074-4463

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trouxe para o campo predominantemente deliberativo-representativo novos atores, os até então “invisíveis” Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Hoje, os cidadãos em geral reconhecem e chegam a saber nomear os 11 integrantes do Egrégio Tribunal.

Isso se deve por uma escolha do Constituinte de 1987-8, ao elaborar uma Constituição detalhista e ambiciosa, com uma ampla carta de direitos, garantindo a imediata aplicação dos direitos fundamentais e, se necessário, o uso do Poder Judiciário, através das ações constitucionais para sua concretização. É assegurado o acesso à justiça e que nenhuma violação ou ameaça a direito deixará de ser analisada pelo Poder Judiciário. Essa proteção se soma com a constitucionalização de questões que até então eram de competência do legislador ordinário, fruto de um momento de tensão e desconfiança generalizada advinda do regime autoritário (VIEIRA, 2018, p. 134-6). Além das mudanças de natureza normativa - constitucionalização do direito - houve uma alteração institucional, uma escolha política para que houvesse um Judiciário mais proeminente.

Desta forma, nos últimos anos, coube ao STF a última palavra sobre temas controversos, como união homoafetiva (ADI 4277), cotas raciais (ADC 41), aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), execução da pena após o segundo grau de jurisdição (ADCs 43, 44 e 54) e criminalização da LGBTfobia (ADO 26 e MI 4733).

Somado às controvérsias dos demais Poderes, vem servindo como tribunal de arbítrio entre o Poder Legislativo e Poder Executivo ou entre facções do Poder Legislativo, com decisões que influenciaram diretamente no seu funcionamento e dinâmica. Exemplos disso foram o afastamento liminar do então Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, pelo Ministro Teori Zavascki, referendada, posteriormente (AC 4070); o afastamento liminar do então Presidente do Senado, Renan Calheiros, pelo Ministro Marco Aurélio, posteriormente revertido pelo Plenário do Tribunal (ADPF 402); a suspensão da posse de Ministro de Estado do ex-presidente Lula, através de medida cautelar do Ministro Gilmar Mendes (MS 34.070 e MS 34.071).

Consequentemente, os Ministros passaram a estampar com frequência as principais manchetes dos jornais, com decisões políticas-institucionais que repercutem nos demais Poderes e nas vidas dos indivíduos. Agrega-se, também, a essa questão da visibilidade as transmissões ao vivo do Plenário do Tribunal.

Outra mudança oriunda da Constituição de 1988 foi a ampliação dos legitimados para propor ações constitucionais¹, além da criação de novas ações. O Supremo também atua como tribunal de recursos, responsável por analisar casos concretos. Ou seja, o processo decisório e deliberativo do Supremo decorre de dois tipos de controle de constitucionalidade - o concentrado e difuso, respectivamente.^{2 3}

Segundo Oscar Vieira (2018, p. 173), o Supremo, no ano de 1940, recebeu 2.419 processos. Com a promulgação da Constituição de 1988, houve um aumento significativo, foram 18.564 em 1990.

1 Até a Constituição de 1988, apenas o Procurador-Geral da República (PGR) podia questionar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional. O artigo 103 da CRFB/88 ampliou para dez os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

2 As deliberações em ambos os casos são seriatim, o que significa que constam no acórdão os votos dos ministros, vencedores e vencidos, a partir dos quais o relator faz um pequeno resumo das teses e conclui descrevendo a tese vencedora. Além disso, existe um ministro relator, pré-constituído, para todas as decisões do Tribunal.

3 Além das funções tipicamente constitucionais, compete, entre outras competências, julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros, extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Esses números não pararam de crescer, pois em 2017 foram 96.235 novos processos.⁴

Destarte, com o aumento expressivo de processos ao mesmo tempo em que não houve um aumento de magistrados, passou-se a ter um fenômeno denominado como monocratização do Supremo. Isso significa que não chegam a 0,5% as decisões tomadas pelo Plenário do STF (VIEIRA, 2018, p. 169). A maior parte das decisões tomadas no ano de 2012, por exemplo, foram monocráticas, nas quais o relator tem poderes para julgar o mérito, apreciar - e conceder - tutela provisória, decidir sobre a admissibilidade, das ações originárias e recursos no STF (BRASIL, 2015).

Vieira (2018, p. 169-170), ao analisar o fenômeno da monocratização do Supremo, aponta dois distúrbios causados no Tribunal. Primeiro, que a jurisdição constitucional é exercida, apenas, por um dos Ministros. Segundo, que o relator tem o poder de agenda, ou seja, ele designa para julgamento no colegiado somente o que não decidirá de forma monocrática. Esse poder de agenda temática e temporal, na política, tem um enorme impacto. Como não existem critérios objetivos e claros para utilização desse poder, fugindo da racionalidade e previsibilidade, não é passível de controle público - *accountability* - sobre o funcionamento do Tribunal. Desta forma, existe temerária seletividade do que se julga ou que fica por muito tempo aguardando julgamento.

Assim, com o fenômeno da monocratização do Supremo, o poder do ministro relator tem um realce, pois tem ocorrido uma crescente interferência individual do Tribunal nos demais Poderes, ao mesmo tempo em que dita o tempo do processo, ou seja, quando sua decisão monocrática será referendada ou revertida no plenário do STF. Pode, dessa forma, paralisar discussões e debates sobre questões econômicas, sociais, projetos de leis, emendas constitucionais, políticas públicas, etc. por meses ou anos.

Esse poder de ditar o tempo do processo pode estar desequilibrando o Sistema de Freio e Contrapesos (*Checks and*

4 Segundo Diego W. Arguelles (2016, p.60), “como adaptação patológica do tribunal neste cenário, temos variações de um mesmo tema: a individualização e monocratização crescente das decisões, com mais de 95% dos casos sendo resolvidos pela ação exclusiva de um gabinete de um único ministro.”

Balances). Pois, o uso estratégico pelos Ministros acaba ditando o tempo da política majoritária (consensual) do Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, Montesquieu (2000, p. 167), ao formular a tripartição do poder, demonstrou preocupação com a concentração de competências (poder) nas mãos de uma única pessoa. Já que não existe liberdade se não houver uma separação entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, esse poder seria arbitrário. “Estaria tudo perdido se um mesmo homem [...] exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p.167).

Esse pensamento sobre a tendência de concentração de poder e a busca incessante por mais poder, tendente, assim, a anejar para a tirania, encontra-se presente em Maquiavel (1985, p. 33-5); Hobbes (1974, p. 64) e Madison (2003, p. 138), nas discussões que antecederam a Constituição Americana de 1787.

Desta forma, este artigo se propõe a analisar o papel do ministro relator nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), espécie de controle de constitucionalidade concentrada, e nas medidas cautelares que sustentam ações dos demais Poderes. Parte da seguinte pergunta de pesquisa: há legitimidade democrática nas liminares monocráticas deferidas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade? Para atingir o objetivo geral de responder a tal questionamento, traça como objetivos específicos de pesquisa, primeiro, descrever o fenômeno de monocratização do STF e, depois, verificar se há violação do Sistema de Freios e Contrapesos pela atuação do ministro relator nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, especificamente, quando uma liminar susta atos ou interfere em outro Poder.

Valendo-se metodologicamente da abordagem qualitativa, adota como técnicas metodológicas a revisão de literatura e a análise documental. O presente tema é de extrema importância para se analisar nesse momento de tensão institucional (VIEIRA, 2018, p. 32-43) e queda de confiança nas instituições⁵.

5 Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/noticia/icjbrasil-detecta-queda-confianca-populacao-quase-todas-instituicoes-brasileiras-2017>. Acesso em 25 out. 2020.

O FENÔMENO DE MONOCRATIZAÇÃO DO STF

Em 2008, Oscar Vilhena (2008, p. 441-63)⁶ difundiu o termo “supremocracia”⁷, conceito que significa a centralidade e poder do Supremo sobre os demais Poderes da República - Poder Legislativo e Poder Executivo - e a imposição de suas decisões sobre juízes e tribunais inferiores. Entretanto, apesar de manter a capacidade analítica e explicativa sobre o papel do Tribunal nas questões institucionais, não é suficiente para explicar “o movimento centrífugo dos ministros”, que se acentuou nos anos subsequentes. (RECONDO E WEBER, 2019, p. 77).

[...] ao contrário do que se pensa, o Supremo não é majoritariamente uma corte colegiada. É tal o número de processos, que julgar todos pelos onze ministros é impossível. As estatísticas do Supremo em Número mostram: o Supremo é uma corte monocrática. Dentre as mais de 1,3 milhões de decisões proferidas, 87% foram de um só ministro. (FALCÃO, 2015, p; 103).

Assim, somando as decisões colegiadas das duas turmas, mais as decisões proferidas pelo pleno do Tribunal, pouco ultrapassam a 10% do total de casos julgados pelo STF, e os casos julgados pelo plenário, em 2006, constituem apenas 0,5% da totalidade dos casos julgados, quer dizer: 565 casos. (VIEIRA, 2008, p. 449).

Desta forma, dos 70 mil casos julgados, anualmente, a maioria se refere a decisões monocráticas pelo ministro relator, que tem poderes para julgar o mérito e a admissibilidade das ações e dos

6 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acessado em: 16 de nov. de 2020.

7 “[...] A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. [...]” (VIEIRA, 2008, p. 444).

recursos. (VIEIRA, 2019, p. 169). “As liminares [...] estão há 5 anos na faixa de 10% de decisões coletivas.” (HARTMANN; FERREIRA, 2015, p. 274). Isso quer dizer que, 9 de cada 10 decisões liminares são monocráticas, proferidas pelo ministro relator.

Segundo o Relatório de Atividades de 2019 (BRASIL, 2020), produzido pelo Supremo, o Tribunal recebeu 93.197 novos processos, neste ano. Sendo que, 21.301 (23%) processos são originários - processos que têm o Supremo como primeira instância - e 71.896 (77%) processos chegaram pela via recursal. Foram proferidas 115.603 decisões, das quais, 17.693 (15,3%) foram pelo colegiado, aqui é o somatório do Plenário e das duas turmas, que são compostas por cinco ministros cada, e 97.908 (84,7%) decisões monocráticas (BRASIL, 2020)⁸. Desta maneira,

O quadro no Supremo Tribunal Federal Brasileiro é este: onze ministros com poderes de conceder liminares sobre temas sensíveis, atuando isoladamente debruçados sobre um texto constitucional verborrágico, de onde nas timelines e adeptos da “Living Constitution”⁹. Tudo é possível. (RECONDO E WEBER, 2019, p. 81).

À vista disso, em 2018, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro (2018, p. 13-32)¹⁰, valendo-se de um neologismo, sintetizaram a atual conjuntura do Supremo como “ministrocracia”. O termo ministrocracia epiloga “a intensidade impressionante de perturbação institucional provocada pelas liminares individuais dos ministros.” (RECONDO E WEBER, 2019, p. 78).

Essa atmosfera ministrocrática, de valentia constitucional e pouco apego à jurisprudência e às decisões colegiadas, produziu onze Supremos: ministros exercendo individualmente o controle de constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso via liminar, ou paralisando, com

8 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf. Acessado em: 16 de nov. de 2020.

9 Doutrina americana que prega que a Constituição deve ser interpretada como um sistema vivo, com disposições abertas a novos significados, e não como um parâmetro estático.

10 Disponível em: http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02_arguelhes_dossie_110_p12a33_baixa_vale.pdf. Acessado em: 16 de nov. de 2020.

pedido de vista, decisões tomadas pela maioria do plenário. (RECONDO E WEBER, 2019, p. 79)

Desta forma, já houve pedidos de vista dos ministros que pararam processos por mais de 5 mil dias, no Supremo. Isso causa insegurança jurídica, pois tem aparência de naturalidade. Além de levantar suspeita de algo anômalo com o processo. (FALCÃO, 2015, p. 178). Há que diferenciar os pedidos de vista indispensáveis para uma análise mais profunda do caso para formação do livre convencimento do magistrado e dos pedidos de vista com o intuito de dissuadir os colegas e esfriar o debate. (FALCÃO, 2015, p. 178).

Assim, como na política, os ministros do Supremo fazem uso estratégico do tempo para se chegar a determinados objetivos, logra êxito na sua empreitada, para fazer prevalecer o seu posicionamento. Destarte, uma boa avaliação do ministro relator vai levar em conta tanto o clima da sociedade, do Congresso e do Executivo, como da composição do Tribunal. Podendo esperar a discussão amadurecer na sociedade, entre os Ministros, para pôr em pauta ou decidir monocraticamente e esperar o melhor momento para poder liberar o processo para o colegiado, até mesmo esperar que um ministro se aposente para conseguir maioria no Plenário.

Virgílio Afonso da Silva (2015, 189-90) pesquisando sobre o papel - e os eventuais poderes - do ministro relator, realizou pesquisa através de entrevistas com ministros e ex-ministros do STF. Foi respeitado o anonimato, dando a cada um uma letra, para que não fossem identificados. Os ministros falaram em funções adicionais, além de “balizar o debate”, sendo o poder de agenda a principal, atribuída ao Relator:

Assim, o ministro F salienta o papel estratégico na definição de quando um caso deve entrar na pauta de julgamentos: O relator administra a tese que ele tem sob julgamento com o tempo. Se ele for uma pessoa de visão tática, aí é uma questão não estritamente técnico-jurídica, mas que faz parte da formação do ser humano e também de quem chegou à Suprema Corte, de saber o seguinte: “olha esse não é o momento de eu levar tal tema”. [...] Eu, por exemplo, eu não me surpreendi que o ministro Marco

Aurélio não tenha trazido a anencefalia antes da aposentadoria do ministro Eros Grau. (SILVA, 2015, p. 189).

A ação mencionada pelo ministro F, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 2004. Relatada pelo ministro Marco Aurélio, esse entendendo que o tema era urgente - a possibilidade de interrupção de gestação de feto anencéfalo sem que houvesse a configuração de um ato típico, pois, para o mesmo, ofendia a dignidade humana dessas mulheres - concedeu liminar nas vésperas do recesso forense, procedimento inédito no Tribunal, algo que se tornaria frequente nos anos seguintes. Assim, o ministro evitou que o Plenário cassasse sua liminar. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 211), o que veio a ocorrer com a volta das atividades colegiadas no Tribunal (RECONDO; WEBER, 2019, p. 212).

[...] a liminar foi submetida ao plenário, [e] mais uma vez o Supremo barrou o atrevimento de Marco Aurélio, com o explícito protesto de Joaquim Barbosa contra a decisão isolada em assunto tão grave. “A posição jurídica que eu adoto há muito tempo é de que não cabe a um ministro individualmente tomar decisão dessa natureza. Seria o equivalente a um membro do Congresso editar pessoalmente uma lei”, protestou o ministro ao final da sessão. Favorável ao teor da decisão mas contrária ao método empregado pelo colega [...] (RECONDO; WEBER, 2019, p. 212)

Após a liminar ser derrubada no Plenário, o ministro só liberaria a ação para julgamento em 2012. Ora, se o ministro no dia 01 de junho de 2004 achou que o tema era urgente e concedeu uma liminar, por quê demorou 8 anos para pautá-la? O próprio ministro respondeu essa indagação anos depois em entrevista a uma pesquisadora da Universidade de Brasília (UnB).

“Quando cassaram a minha liminar, eu percebi que a concepção era contrária ao pano de fundo. Então coloquei o processo na prateleira, porque não envolvia interesses subjetivos. Quando o Tribunal liberou as pesquisas com células-tronco, muito embora por um escore

muito apertado de 6x5, eu entendi que era a hora, e o resultado foi muito satisfatório. [...] Nós temos sempre um termômetro. Aí devemos atuar no campo político-institucional”, disse Marco Aurélio [...] Trata-se de exemplo notório do manejo do tempo em favor da tese do ministro. (RECONDO; WEBER, 2019, p. 212-3).

Outro ministro, denominado com a letra E, associou o poder de agenda como se fosse parte da própria deliberação: “O relator tem um papel quase absoluto quanto à agenda, porque o processo só vai a julgamento a partir do momento em que ele resolva levar o processo a julgamento. [...] Esse é um poder grande de supressão da discussão.” (SILVA, 2015, p. 190).

Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento. Cada um desses diferentes mecanismos de poder de agenda é, na prática ainda que não na teoria, discricionário (Dimoulis; Lunardi, 2008; 2016; Verissimo, 2008; Arguelhes; Hartmann, 2017.). Qualquer um desses atores pode resolver, por qualquer motivo, impedir que o tribunal tome uma decisão. Como ocorre com qualquer outro exercício de poder judicial, certas variáveis informais podem limitar o uso desses poderes — crenças profissionais internalizadas sobre o papel dos juízes no colegiado, pressão dos pares, críticas da comunidade profissional ou da imprensa. Esses possíveis limites ainda não foram sistematicamente estudados. Quaisquer que sejam, porém, não têm sido capazes de limitar o controle individual de agenda em casos de alta repercussão. Vale notar ainda que, devido ao vasto número de casos que o Supremo recebe e julga a cada ano, a comunidade profissional, a imprensa e os próprios colegas de tribunal só conseguem acompanhar um conjunto muito limitado de usos de poderes individuais de agenda. (ARGUELHES E RIBEIRO, 2018, p. 16)

Desta maneira, além dos poderes de supressão do debate, do ministro relator, os processos ao chegarem ao plenário também estão sujeitos a pedido de vista por qualquer um dos onze ministros, de forma discricionária, que pode paralisar um julgamento por meses ou até anos. São raras as vezes em que devolvem no prazo¹¹, que, segundo o Regimento Interno¹² do STF é de 10 dias, prorrogável pelo mesmo período.

Por consequência, “[...] o povo está cada vez mais atento quando ministros pedem vistas paralisando - e desaparecem com os processos, por motivos políticos ou por receio de seu ponto de vista perder. (FALCÃO, 2012, p. 141).

[...] o mecanismo de vista parece ser um dos meios pelos quais a lentidão potencial se fará concreta neste ou naquele caso. As vistas podem contribuir para aumentar em muitos anos, às vezes, décadas a duração de processos específicos. (ARGUELHES, HARTMANN, 2014)¹³

Todavia, “[...] o que conta para um país pluralista social, racial e ideologicamente é um Supremo que exprima tal pluralidade. E não um ou outro ministro isoladamente.” (FALCÃO. 2015, p. 46). Pois, o STF é o colegiado, o conjunto de onze pessoas, com onze votos, fruto de onze experiências e ideologias diferentes. Os acórdãos do Tribunal são frutos de um beneplácito, de um consenso formado pela maioria, que nem sempre exprime a preferência dos que o compõem. Porém,

[...] A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. Em qualquer tribunal, decisões judiciais são, ao menos em parte, contingentes às preferências

11 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/84123-o-sucesso-do-stf-os-problemas-do-stf.shtml>. Acesso em 16 de nov. 2020.

12 Artigo 134. Se algum dos ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

13 Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias70-a-irrelevancia-do-regimento-interno-do-stf-08102014. Acessado em: 17 de nov. de 2020.

de seus integrantes. [...] (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p 15-16).

Destarte, as liminares têm uma duração prolongada em anos, que neste período consolida relações jurídicas, afetando significativamente o direito, principalmente, quando são liminares em sede de controle de constitucionalidade concentrada, que acaba atingindo, direta ou indiretamente, as vidas de milhões de pessoas.

Por consequência, essa vigência por anos traz insegurança jurídica, por serem decisões precárias (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 568), onde não foram enfrentados os méritos. Pois, a liminar nada mais é do que uma decisão judicial com intuito de resguardar direito arguido pelo requerente antes da discussão do mérito, necessitando, aqui, que haja elementos que evidenciam a probabilidade do direito. Assim, nas palavras do processualista Fredie Didier Jr.:

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 571).

Dessa maneira, como justificar liminares que perduram por décadas, sem que o Tribunal analise o mérito? Existem várias decisões liminares em sede de ADI que subsistiram por mais de 20 anos: ADI 144¹⁴; ADI 145; ADI 351; ADI 310; ADI 429; ADI 439; ADI 509; ADI 558; ADI 570; ADI 290; ADI 491; ADI 374; ADI 917.

Mais teratológico é quando demora mais de uma década para que se conceda ou negue uma liminar. Uma liminar apreciada após vários anos não pode ser considerada precária e de urgência. Como exemplo dessa teratologia podemos citar a ADI 1229, que teve sua liminar indeferida após 18 anos e 2 meses de sua propositura; a ADI 2077 teve sua liminar deferida após 13 anos e 4 meses; a ADI 1945 teve sua liminar indeferida após 11 anos e 4 meses; a ADI 1924 teve

14 A ADI 144 foi ajuizada em 1989, pelo então governador do Rio Grande do Norte, sendo deferida liminar no mesmo ano. A relatoria da ação passou por três ministros - Octavio Gallotti; Sydney Sanches; Cezar Peluso, até chegar ao Ministro Gilmar Mendes. Em 2014, o Plenário julgou parcialmente procedente. A liminar, da ADI 144, durou mais de 24 anos.

sua liminar indeferida após 10 anos e 5 meses; as ADIs 2356 e 2362, ambas com deferimento liminar após 10 anos.

[...] como os dados mostram, a lentidão do STF é potencial e não inevitável. É seletiva, não equalizadora. É possível que o Plenário conceda uma liminar em ADIn em menos de 24 horas; mas também é possível que uma década se passe sem qualquer decisão. É possível que um andamento de conclusão ao relator dure poucos dias, mas também é possível que isso leve muitos anos. (ARGUELHES, HARTMANN, 2015)¹⁵

Consequentemente, “[...] o Supremo vive no desequilíbrio das onze agendas.” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 291).

Diante de seus ministros, portanto, o Supremo não parece tão supremo assim. Mostramos que o STF aloca de maneira individual e descentralizada uma série de poderes individuais de agenda, de sinalização e mesmo de decisão formal. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p 27).

Portanto, esse Supremo individual tem desconfigurado a ideia de uma Corte, - o STF apesar de não ser uma Corte Constitucional tem atribuições desta - contramajoritária, que exerceria essa função excepcionalmente, na prática. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 28 apud DAHL, 1957, p. 279–95). Pois, os ministros monocraticamente tem feito prevalecer seus posicionamentos contra a política majoritária - Congresso e Executivo. E muitas das vezes, até mesmo, contra o entendimento institucional.

Esse desapego ao colegiado, à deferência, à responsividade, somada a usurpação de competência e interferência nas questões institucionais e internas dos demais Poderes são responsáveis por uma tensão institucional e um desequilíbrio do Sistema de Freios e Contrapesos, já que os outros Poderes não têm mecanismos eficazes para fazer frente a esses super-poderes individuais dos ministros.

15 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>. Acessado em 16 de nov. de 2020.

DECISÕES MONOCRÁTICAS EM SEDE DE ADI VIOLAM O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS?

Na formulação clássica da separação dos poderes, Montesquieu imaginou que haveria uma independência e harmonia entre eles, sendo que os poderes seriam respectivamente controladores e controlados. “São dispositivos que aspiram habilitar a democracia, regular o exercício do poder” (VIEIRA, 2019, 10). Essa formulação utópica está plasmada na Constituição de 1988, artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Tendo uma percepção generalizada no senso comum e até mesmo no meio acadêmico que essa harmonia é necessária para que não se ponha em risco o sistema democrático.

Madison, ao analisar a doutrina do Sistema de Freios e Contrapesos, foi cético em relação à concepção de harmonia, já que, pela natureza humana, o detentor do poder tenderia a sempre buscar ampliar seus poderes (HAMILTON; MADISON; JAY, 2005, p. 138). “Como todos os seus contemporâneos, acreditava que ‘todo poder em mãos humanas é passível de abusos.’ (DAHL, 2016, p. 41). Pois, “é tendência geral de todos os homens um perpétuo e irrequieto desejo de poder” (HOBBES, 1974, p. 64).

Assim, “a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação [...] constitui necessariamente a tirania”¹⁶. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2005, p. 298).

Assim, os Poderes se encontram em permanente tensão e eventualmente em conflito. (VIEIRA, 2019, p. 34). Já que “são inerentes à vida das constituições uma constante tensão e eventuais atritos. A ideia de que os poderes são independentes e harmônicos, inscrita em nossa Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.” (VIEIRA, 2019, p. 34).

16 Entretanto, é importante destacar que para “[...] Hamilton, consolidada por Bickel, de que o Judiciário é o poder que menos apresenta risco de usurpação da Constituição ou de uma recaída autoritária (the least dangerous branch) não é equivocada. Não tem armas, não tem cofres. Pelo mesmo motivo, todavia, pode-se recear que não é o mais indicado para carregar as maiores esperanças e utopias. Simplesmente não tem viço para tamanha atribuição.” (MENDES, 2008, p. 216).

Desta forma, o sistema de *Checks and Balances* foi projetado com o intuito de ser um mecanismo para tornar a competição política - do Executivo, Legislativo e Judiciário - um sistema organizado, com a difusão de poderes, tornando as decisões e o Estado mais democráticos.

Esse sistema constitucional, projetado para ser autossuficiente, mostrou-se insuficiente com o advento das constituições sociais e principiológicas, que aumentou o campo de discricionariedade dos juízes. “[...] Ao interpretarem a Constituição, os juízes fazem valer sua própria ideologia, seus preconceitos e preferências.” (DAHL, 2016, p. 57). Isso fica claro nas palavras do ex-ministro do Supremo, Ayres Britto “[...] Com tantos princípios, eu deito e rolo!” (RECONDO E WEBER, 2019, 81).¹⁷

Assim, houve um deslocamento do Poder Legislativo (HAMILTON, MADISON E JAY, 2003, p. 207), que é mais pluralista, diversificado e que presta contas à população (*accountability*), para o Poder Judiciário (HAMILTON, MADISON E JAY, 2003, p. 207), que é independente, composto por juízes que só devem satisfação às próprias consciências (COUTINHO, 1998, p. 29-30). Desta maneira,

[...] o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidade políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). [...] A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18)

“Basta lembrarmos Ricardo Lewandowski, quando diz que o século XIX foi o século dos parlamentos, que o século XX foi o século do Executivo, e que o século XXI será - já é - o século do Judiciário.”

17 Contudo, “embora a norma seja sempre o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal – detenha o poder de atribuir qualquer sentido a um texto jurídico [...]” (STRECK, 2014, p. 333)

(FALCÃO, 2015, p. 23). Passou-se, então, a atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de proteger a constituição dos Poderes representativos e a concretização dos direitos - principalmente dos direitos sociais e a proteção das minorias - cabendo a ele a última palavra sobre temas que até então eram da política. Como se o judiciário fosse um lugar privilegiado, eminente, recinto da racionalidade. E a política fosse um lugar onde prevalecem os interesses pessoais, mesquinhos, um ambiente ignóbil e irracional.

Segundo Nuno Piçarra (1989, p. 196), “o poder judicial, guardião dos direitos fundamentais, é visto aqui, primordialmente, como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do poder executivo e não como poder nulo, corolário daquele monismo.” Assim, nas palavras do Ministro Marco Aurélio: “A última palavra não cabe ao setor político, cabe ao Judiciário, o órgão de cúpula, o guarda da Constituição é o Supremo” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2013)¹⁸

Entretanto, essa ideia de primazia do Judiciário sobre os demais Poderes é “um bordão que explicita os anseios aristocráticos de parte dos profissionais do ramo, o de viver numa ‘juristocracia’: o governo dos juízes, pelos juízes, para os juízes” (OLIVEIRA, 2013)¹⁹

[...] o papel desempenhado pelo juiz é de agente político, como o dos demais membros dos Poderes Legislativos e Executivos, pois também faz parte de um dos Poderes, o Judiciário, independente e autônomo em relação aos dois outros, atuando com autoridade máxima no exercício de sua função estatal. (COUTINHO, 1998, p. 73).

Para Hans Kelsen (2007, p. 152), “a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos Poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.”

A separação dos poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são

18 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075>. Acesso em 16 nov. 2020.

19 Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-da-cf/> Acessado em 16 de nov. de 2020.

do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode ‘resistir’ às violações dos seus direitos por parte dos outros poderes do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental, sobre a organização do poder político-estadual. (PIÇARRA, 1989, p. 191).

Entretanto, é ilusória a percepção do Judiciário como um Poder técnico, neutro, alheio à política, cabendo a ele a análise última do que quer dizer a Constituição, pois seria o Supremo um local privilegiado, onde os Ministros seriam os mais preparados para decidir através de um debate racional, lógico, pautado em técnicas interpretativas. Da mesma forma, é equivocada a ideia de que a política e os políticos seriam irracionais, movidos apenas por ganância e pensamentos maquiavélicos. “[...] Em verdade nenhum poder tem o monopólio do saber e da virtude; os poderes acertam e erram.” (VIEIRA, 2019, p. 184 *apud* BRASIL, 1992).

A legitimidade do Poder Judiciário, da jurisdição constitucional e do Supremo advém da própria Constituição e do povo, representado pelos constituintes originários e derivados. Entretanto, segundo Dallari, a politização dos tribunais - e de suas decisões - não tira ou diminui a sua legitimidade:

O reconhecimento da politicidade do direito nada tem a ver com opções partidárias nem tira, por si só, a autenticidade e a legitimidade das decisões judiciais. Bem ao contrário disso, o juiz consciente dessa politicidade fará o esforço a mais para conhecer e interpretar o direito, considerando sua inserção necessária num contexto social, procurando distingui-lo do direito abstrato ou do que é criado artificialmente para garantir privilégios, proporcionar vantagens injustas ou impor sofrimento a outros com base exclusivamente numa discriminação social. (DALLARI, 2002, p. 96).

Contudo, Vieira (2019, p. 11) constatou que, no Brasil, atualmente, a disputa institucional polarizou, com uma sociedade mais intolerante, o que, conseqüentemente, fez as instituições entrarem em crise. Com isso, “[...] A batalha dos poderes, [...], tem sido travada a partir da retórica constitucional, ainda que utilizada de forma estratégica e eventualmente distorcida e cínica”. (VIEIRA, 2019, p. 11).

[...] essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o ‘núcleo essencial’ de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, 308).

Esse ativismo e o poder supremocrata atribuído ao Supremo com a Constituição 1988 é algo sem paralelo na história pátria e de outros países. (VIEIRA, 2019, p. 162). Ou seja, a forma que os ministros se portam tomou contornos que alavanca os poderes do Tribunal sobre os demais Poderes. Sendo que,

[...] a ampliação do papel do direito e do Judiciário [é] uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. (VIEIRA, 2019, p. 164).

A atribuição de guarda da Constituição, ambiciosa e detalhista com extenso rol de atribuições, possibilitou ao Supremo uma nova posição institucional, de status de supremocracia (VIEIRA, 2019, p. 165). Nesse sentido, a versão extremada da supremocracia é a ministocracia, que emerge quando os ministros monocraticamente passam a exercer as funções atribuídas à corte (VIEIRA, 2019, p. 209). “Não raramente em nome de deter a palavra final, alguns ministros

quase diziam: ‘a Constituição sou eu’ [...] É apenas um risco num Supremo muito monocrático.” (FALCÃO, 2015)²⁰.

“Os Tribunais constitucionais podem ter um impacto legislativo imediato, direto e formal sobre as decisões legislativas, vetando-as totalmente ou invalidando-as parcialmente.” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 16). No Brasil, além do Supremo, os ministros individualmente nas medidas liminares²¹ das Ações Direta de Inconstitucionalidade - espécie de “[...] ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade concebida para a defesa genérica de todas as normas constitucionais [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 223) - também podem - e fazem - esse controle sobre as decisões legislativas, algo sem paralelo com outros Tribunais constitucionais e Cortes constitucionais.

Isto é, um ministro pode suspender individualmente uma decisão majoritária de um Congresso, eleito, representativo, composto por 513 deputados e 81 senadores, que foi sancionada por um Presidente eleito com milhões de votos. Pode fazê-lo também em relação a um ato normativo editado pela Presidência da República. Assim, naturalizou-se:

A recorrência da concessão de liminares, a desinibição em interferir na política e o manuseio do regimento para manter válida uma liminar sem submetê-lo ao colegiado configuram o que Arguelhes e Ribeiro chamaram de “individual judicial review”. O termo é uma adequação do original inglês “judicial review”, que significa o poder concedido ao Judiciário, notadamente às Cortes constitucionais nas democracias, de revisar o conteúdo e a extensão de normas editadas pelos parlamentares ou executivos. Trata-se de parte do sistema de freios e

20 Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/da-onipotencia-ministro-stf-onipotencia-congressista-12022015. Acessado em 16 de nov. de 2020

21 “O termo “liminares” refere-se, de maneira geral, a decisões que, por natureza, possuem caráter provisório e de urgência. Sua função, via de regra, é evitar que a demora na prestação jurisdicional ocasione perecimento de direitos. Decisões liminares deveriam, portanto, ser instrumentos processuais voltados a assegurar a efetividade do sistema judicial. São requisitos para a concessão do pedido liminar o perigo na demora da decisão, com a possibilidade de ocorrência de graves danos ou prejuízos a uma das partes no processo, e a existência de fundamentos jurídicos aceitáveis e potencialmente verdadeiros.” (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 30)

contrapesos que faz funcionar a separação de Poderes - quando uma das peças se desloca para um extremo, as outras a puxam de volta. No Brasil, o sistema está descompensado. Em vez de o colegiado deter o poder, cada ministro por aqui o exerce sem muitas amarras. (RECONDO E WEBER, 2019, p. 82-3)

O deferimento de medida liminar é legal, previsto na Lei 9.868/1999 - que regulamenta a ADI -, no artigo 10²². Ele ressalta que as medidas liminares serão, em regra, concedidas pelo colegiado, salvo no período de recesso. (BRASIL, 1999).

No entanto, existe uma queda constante nas decisões colegiadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Sendo que, em 2008 estava na faixa de 70%. Nos últimos 5 anos (2009 a 2013) a média de liminares colegiadas ficou na faixa de 10%. (ARGUELHES; HARTMANN, 2015).

Logo, os ministros têm ignorado a necessidade de excepcionalidade - recesso forense - para que sejam concedidas medidas monocráticas invasivas que suspendam a eficácia total ou parcial de lei ou ato normativo federal/estadual editado pelos outros Poderes. Dessa forma,

“Faço esse registro da questão, portanto, para que fique bem claro que medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à lei 9898/99 (art. 10), e inconstitucional, por afrontar ao art. 97 da Constituição. As hipóteses excepcionalidade deveriam ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal”, escreveu Mendes em voto proferido em 2012. O ministro tinha conhecimento de causa. “Sou o pai dessa porra”, disse ele a respeito da lei 9896, de 1999, que regulamenta os julgamentos de ADIS no Supremo. (RECONDO E WEBER. 2019, p. 82).

22 Art. 10 da Lei 9.868/1999: “Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.” (BRASIL, 1999)

Assim, de 2009 pra cá, o Supremo passou a decidir de forma majoritariamente individual, ou seja, os ministros passaram a exercer a função jurisdicional constitucional, principalmente, nas ADIs de forma monocrática. Essa mudança de comportamento no Tribunal tem sido responsável por crises institucionais e atritos com os demais Poderes. Além de ter deslocado a posição do Supremo no Sistema de Freio e Contrapesos. Já que os ministros individualmente têm exercido a função institucional do Tribunal.

Desta forma, a ministocracia viola o *Check and Balances*, que foi projetado para que o poder pudesse frear o poder. Contudo, a ação individual dos ministros, que têm poderes quase que absolutos e com poucos controles sobre eles, movimentou as peças projetadas para que o poder fosse exercido por Tribunal de cúpula, para atuações isoladas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho partiu da seguinte pergunta de pesquisa: há legitimidade democrática nas liminares monocráticas deferidas pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade? Para atingir o objetivo geral de responder a tal questionamento, traçou como objetivos específicos de pesquisa, primeiro, discutir o fenômeno da monocratização do Supremo e, depois, verificar se há violação do Sistema de Freios e Contrapesos pela atuação do ministro relator nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Esses objetivos foram cumpridos ao longo dos tópicos 2 e 3, respectivamente.

A partir da Constituição de 1988 ocorreu um aumento constante de processos no Supremo, tornando impossível que os processos sejam julgados em sua totalidade pelos onze ministros. Por consequência, houve uma individualização e monocratização do STF. O Tribunal deixou de ser um colegiado, para se tornar monocrático, visto que, dos 1,3 milhões de processos julgados pelo STF, 87% foi proferida por apenas um dos ministros. Por consequência, houve uma queda constante nas decisões colegiadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Que foi acentuada no ano de 2009, que passou a ter uma média de 10% das liminares concedidas pelo colegiado.

As medidas liminares nas ADIs são previstas na Lei 9.868/1999, artigo 10, que determina que as liminares serão concedidas por maioria absoluta, ou seja, pelo voto de pelo menos seis ministros. As medidas liminares concedidas monocraticamente seriam exceções, já que só poderiam ser concedidas no recesso.

Contudo, a prática atual é que o ministro relator conceda liminar monocraticamente, fora do recesso, sem levar para a apreciação do colegiado. Isso, não raro, causa desconforto para o Tribunal, além de tensão e atrito com os Poderes Executivo e Legislativo.

Desta forma, o quadro atual do STF é onze ministros com poderes de conceder liminares, podendo de forma monocrática suspender decisão majoritária dos outros Poderes, interpretando uma Constituição principiológica e detalhista, e adeptos da atualização dos sentidos das normas constitucionais pela via judicial (*Living Constitution*).

Utilizou-se abordagem qualitativa, adotando como técnicas metodológicas a revisão de literatura e a análise documental, especificamente da legislação - a Constituição Federal; a Lei 9.868/1999, que regulamenta as ADIs; e o Regimento Interno do Supremo, que tem força de lei.

Como resultado, verificou-se que a monocratização do Supremo tem transformado o Tribunal em onze Supremos, com decisões conflitantes, onde cada ministro tem sua agenda própria, fazendo uso do Regimento Interno para alcançar seus objetivos - sejam eles políticos, ideológicos ou pessoais.

O STF individual é fonte de tensão, atrito e conflito com os demais Poderes da República. Além de ter desequilibrado o Sistema de Freios e Contrapesos, com ministros com poderes quase que sem limites, que podem sozinhos suspender a eficácia de lei ou ato normativo, interferir em questões internas dos Poderes Executivo e Legislativo ou até mesmo paralisar uma discussão por anos, dentro do Tribunal - com pedido de vista - ou nos demais Poderes.

Assim, o STF tem sido causador de crises e embates com o Poder Executivo e Poder Legislativo - consumpção institucional - pelo fenômeno da monocratização das decisões do Tribunal e, muito das

vezes, por causa das “agenda própria” dos ministros em prejuízo da agenda institucional.

Contudo, o Supremo foi projetado para que fosse, nas palavras de Dahl, um ator coletivo. Um ministro do Supremo é apenas um voto, o que importa institucionalmente são as decisões do Plenário, o conjunto de onze votos. Os acórdãos são contingentes dos votos da maioria dos ministros.

Por fim, a monocratização do Supremo associada à alta taxa de liminares individuais em sede de ADI, controle concentrado de constitucionalidade, nada mais é do que um ministro exercendo sozinho o controle de constitucionalidade da política majoritária.

Logo, o ministro relator, principalmente, tem o poder de veto - não decidir na política também é uma forma de decidir - e na maioria das vezes, do exercício do controle de constitucionalidade. Assim, se um ministro desejar, ele consegue moldar sozinho a política nacional. Não existe, para tanto, uma legitimação em pressupostos democráticos para concentração de poder na mão de um ministro que não foi escolhido através de sufrágio, nem presta conta (*accountability*) aos cidadãos.

Assim, faz necessária a supressão (proibição) das medidas liminares monocráticas em sede de controle de constitucionalidade concentrado, inclusive, na hipótese do artigo 10 - recesso forense -, da Lei 9.868/1999. Sendo necessário para reequilibrar a “balança” do sistema de freios e contrapesos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos Cebap. São Paulo, v. 37, n. 1, pp. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. A pauta da presidente Cármen Lúcia. In: Falcão, Joaquim; Arguelhes, Diego Werneck; Recondo, Felipe (Orgs.). Os onze Supremo: o Supremo em 2016. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017.

ARGUELHES, , Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. A irrelevância do Regimento Interno do STF: Professores da FGV-Rio discutem pedidos de vista que não são devolvidos no prazo. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/materias70-a-irrelevancia-do-regimento-interno-do-stf-08102014. Acessado em: 17 de nov. de 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. A monocratização do STF: Tribunal delega cada vez mais poder para decisões individuais em ADIs e ADPFs. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>. Acessado em 16 de nov. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev.-mai. 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BRASIL. Lei 9.868/1999. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Estatísticas do STF: Decisões”. Disponível em: <http://www.STF.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&agina=decisoeginicio>.

BRASIL. Relatório de Atividades de 2019. Brasília: [s.n.]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal do Brasil. 1940.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O Juiz Agente Político. Campinas: Copola, 1998.

CUNHA JÚNIOR. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. 10ª ed. Salvador, JusPodivm, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert. A Constituição Norte-americana é democrática? Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie - Curso de Direito Processual Civil, Vol.2, Salvador, JusPodivm, 2015.

FALCÃO, Joaquim. A corrupção e a Improbidade são os Crimes do Século. In: O Supremo: Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 177 - 109, 2015.

FALCÃO, Joaquim. Apesar dos obstáculos, o encontro do Supremo com a opinião pública veio para ficar. In: O Supremo: Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 140 - 141, 2015.

FALCÃO, Joaquim. É este o Supremo Tribunal Federal que queremos? In: O Supremo: Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 102 - 103, 2015.

FALCÃO, Joaquim. O Presidente da República passa, mas o Ministro do Supremo fica. In: O Supremo: Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 45 - 46, 2015.

FALCÃO, Joaquim. O Supremo de lá, e o Supremo de cá. In: O Supremo: Compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 22 - 23, 2015.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto; CHAVES, Vitor P. III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência. Revista USP. São Paulo, nº 21, 13-21, USP, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da Política e Politização da Justiça. In: Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 205-233, 2010.

FGV. ICJBrasil detecta queda da confiança da população em quase todas as instituições brasileiras em 2017. FGV, 23 de out. de 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/noticia/icjbrasil-detecta-queda-confianca-populacao-quase-todas-instituicoes-brasileiras-2017>.

FOLHA DE SÃO PAULO. O sucesso do Supremo, os problemas do Supremo. Folha de S. Paulo, 16 de dez. 2012. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/84123-o-sucesso-do-stf-os-problemas-do-stf.shtml>.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2ª ed. Campinas: Russell, 2005.

HARTMANN, Ivar A.; FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. Opinião Jurídica, v.13, n. 17, p.268-283, jan.-dez. 2015.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou a Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil [1651]. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Abril (Os pensadores), 1974.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (Exposições e Debates na Sessão de Outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. In: Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 119-209, 2007.

MAQUIAVEL. Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. 3. ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1994.

MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e democracia. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

O ESTADO DE S. PAULO. Ministros do STF criticam proposta de submeter decisões da Corte ao Congresso. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 24 abr. 2013. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-do-stf-criticam-proposta-de-submeter-decisoes-da-corte-ao-congresso,1025075>.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. PEC 33, separação de poderes e o aprisionamento judicial da Constituição. Crítica Constitucional, Brasília, 27 abr. 2013. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/pec-33-separacao-de-poderes-e-o-aprisionamento-judicial-da--constituicao/>

PIÇARRA, Nuno. A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estado das suas Origens e Evolução. Coimbra, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF, seus bastidores e sua crise. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

SILVA. Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais. v. 1, n. 1, 180-200, 2015.

STF. TV Justiça completa milésima transmissão de sessão plenária nesta quarta-feira (28). Brasília: [s.n.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115369>.

STRECK, Lenio L. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILHENA, Oscar Vieira. A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.

CAPÍTULO 6

AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROCEDIMENTO DE VESTIBULAR

Thiago Guerreiro Bastos
Orcid 0000-0002-4070-610X

INTRODUÇÃO

A construção do Estado de Direito, fruto das revoluções liberais, adotou como mote a liberdade, igualdade e fraternidade. O constitucionalismo, como consequência, limitou o arbítrio estatal e assegurou um rol de direitos protetivos aos cidadãos.

Os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade podem ser compreendidos a partir da evolução da noção de dimensões dos direitos fundamentais, isto é, primeira dimensão (civis e políticos), segunda dimensão (igualdade material) e terceira dimensão (transindividuais).

Por muitos anos a formação dos países ocidentais adotou um conceito de igualdade apenas pela ótica formal, sem se preocupar na sua plena efetivação. Com isso, ao longo da formação brasileira, por exemplo, é possível identificar a construção de uma sociedade desigual.

De um modo geral, há um grupo de pessoas que viveram e vivem à margem do patamar mínimo da existência ou da dignidade porque não foram pensadas políticas públicas inclusivas que viabilizassem superar séculos de atraso social e econômico.

Contudo, no início do século XXI houve mudança de postura estatal em relação a esses grupos vulneráveis. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi pioneiro na implementação de um sistema de ações afirmativas no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ por meio da Lei nº 3.708/2001, substituída pela Lei nº 4.151/2003. Com isso, efetivou-se a política de cotas por meio de uma análise socioeconômica.

A medida, inicialmente, foi duramente criticada por diversos setores sociais sob argumento de que haveria um tratamento desigual entre aqueles que disputavam as vagas das universidades

estaduais do Estado do Rio de Janeiro. Também se sustentou que o ingresso de estudantes por meio de cotas prejudicaria a qualidade do ensino superior por meio do baixo rendimento desses alunos. Consequentemente, haveria uma menor busca pelo vestibular destas instituições, gerando, então, seu sucateamento intelectual.

A política pública gestada possibilitou o debate público sobre a questão da marginalização e falta de oportunidades para certos setores sociais. A sociedade civil, mídia, instituições, opinião pública de um modo geral, pela primeira vez, debateram com entusiasmo sobre o assunto.

O sucesso da política afirmativa implementada de forma pioneira pelo Estado do Rio de Janeiro serviu de exemplo para os demais níveis de governo que passaram a adotá-la, também.

É preciso deixar claro que a política pública tem que determinar os critérios e parâmetros para que não haja desvio de seus fins, isto é, incluir aquele que se encontra marginalizado por questões sociais e econômicas. Dessa forma, indaga-se: é possível que brancos ocupem essas vagas que foram previamente indicados no instrumento convocatório como reservadas?

AÇÃO AFIRMATIVA: CONCEITO

A noção de ação afirmativa pode ser entendida como uma discriminação positiva que gera uma política pública estatal para reduzir algum grau de desigualdade cujo descumprimento pode gerar uma omissão constitucional (SARLET, 2016, p. 592).

A busca pela diminuição das disparidade não é perpétua. Por isso, as leis adotam prazos para analisar os efeitos da política pública em dado nicho social. Objetiva-se, portanto, compensar aqueles que estão atrasados em razão de fatores externos a sua existência. Portanto, há um cunho de acerto histórico.

Ainda que atualmente nenhum brasileiro seja responsável direto pelas mazelas que determinados grupos (negros, pardos, mulheres, indígenas, população lgbtqi+) sofreram/sofrem, ainda assim, mesmo sem nenhuma relação de ancestralidade com aqueles que praticaram tais atos há responsabilização coletiva. Ser cidadão

significa, também, ser responsável pelos acontecimentos do passado, pois estes determinam seu nível de bem-estar atual.

Dessa forma, de acordo com Michael Sandel (2012), inúmeros governos em pleno século XXI ainda pedem perdão por atos estatais cometidos no passado. Muitos desses erros têm origem em excessos praticados em tempos de guerra, por exemplo. A Alemanha, por exemplo, em razão do Holocausto, até busca minimizar seus feitos do passado.

Ao longo de anos, líderes políticos alemães fizeram pedidos públicos de desculpas, assumindo a responsabilidade pelo passado nazista em diversos graus. (...) Eu gostaria, porém de me concentrar em outro argumento muitas vezes utilizado por aqueles que se opõem a pedidos de desculpas por injustiças históricas – um argumento moral que não depende das contingências da situação. É o argumento de que as pessoas da geração atual não deveriam – na verdade, não poderiam- desculpar-se pelos erros cometidos pelas gerações anteriores. Pedir perdão por uma injustiça e, afinal, assumir alguma responsabilidade por ela. E uma pessoa não pode pedir desculpas por algo que não fez. Ou seja, como você pode pedir perdão por algo que foi feito antes de você nascer?

Ser um cidadão, deter uma nacionalidade, portanto, significa a existência de um vínculo entre pessoa e Estado. Por consequência, obtém-se uma herança histórica. Qualquer indivíduo no mundo está em determinado patamar social em razão dos fatos do passado aos quais não tem controle.

Nesse sentido, atualmente, a discussão não se cinge a ser viável ou não ações afirmativas com intuito reparatório. O que se busca hoje é saber o grau do desenho da política pública; é preciso saber “*o modo e os critérios utilizados para aferir o rol de beneficiários de tais medidas, pois é notório que a adoção de cotas, isso é, a destinação de determinado percentual de vagas (...) não constitui única modalidade de ação afirmativa*” (SARLET, 2016, p. 592).

O atual documento político em seu art. 3º aponta para objetivos da República. Dentre eles, destaca-se, a criação e uma sociedade justa e solidária. Assim, pautando-se na premissa de igualdade material que as ações afirmativas são implementadas.

AUTODECLARAÇÃO OU HETEROIDENTIFICAÇÃO: QUAL O CAMINHO?

Não há conceito biológico de *negro verdadeiro*, pois adotar esse conceito impõe um viés eugenista que não é o objetivo das ações afirmativas. Desse modo, o que se busca, de um modo geral, são traços negroides que são externalizam fenótipos e não genótipos.

Trabalhos acadêmicos e pesquisas se debruçam sobre os traços fenótipos¹, mas sua adoção deve ser feita com cautela, pois a análise externa de enquadramento em uma *paleta de cor* parte de um terceiro que determinará em qual campo étnico a pessoa se encontra. Este é o ponto mais polêmico de uma ratificação de uma autodeclaração por meio de uma heteroidentificação.

A autodeclaração parte de uma percepção social do indivíduo que sofre o ônus de ser um *não branco*. A heteroidentificação, portanto, não tem como medir quanto a identidade de um indivíduo foi construída a partir das pequenas agressões raciais que somente aquele que sofre tem poder para determinar seu grau e importância no direcionamento dos atos da sua vida.

Por isso, o genótipo² se torna um elemento descartável para determinar a qual grupo social o indivíduo pertence, pois, ainda que um branco possa ter ancestralidade negra, este indivíduo, ainda que economicamente vulnerável, não sentirá o peso da questão racial.

Por não haver um *negro verdadeiro* as reservas de vagas não são privativas deste suposto conceito; diga-se, o fato de ser pardo o impede de ser tachado de branco, mas também não o permite ser visto como um negro. A *paleta de cor* não pode ser um critério na mão de terceiros, pois as dimensões do Brasil impossibilitam a existência de um suposto padrão. Um pardo na região sul do país

1 São as características físicas, morfológicas e fisiológicas apresentadas por um indivíduo. A cor da pele é um claro exemplo.

2 Informações hereditárias, é a constituição genética do indivíduo.

pode ser lido socialmente como negro, enquanto na Bahia pode ser visto como um branco. Essa é a dificuldade de depender do olhar externo para saber o seu suposto lugar étnico para possível inclusão em ações afirmativas.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro adota a autodeclaração ou autoidentificação associada a critério econômicos. Isto faz com que a vaga reservada tenha um perfil socioeconômico. No Anexo 3 do Edital de Vestibular de 2021, por exemplo, é informado que somente faz jus a reserva das vagas aqueles que estiverem na faixa de R\$ 1.650,00 (hum mil seiscentos e cinquenta reais) de renda familiar per capita.

Para candidatos que se autodeclarem negros/pardos há exigência de preenchimento de documento no qual afirmam que são negros/pardos nos termos da Lei nº 8.121/2018 sob pena de responsabilização penal e civil de informações falsas. Por mim, além da foto colorida que deve ser anexada, se exige a descrição de seus traços fenótipos.

A prática apresentada, contudo, nos termos do art. 1º, §2º da Lei nº 8.121/2018 mantém a autodeclaração como critério, mas não impede que a Universidade crie comissões permanentes para fiscalizar possíveis fraudes ao sistema de cotas.

É importante afirmar que apenas o indivíduo consegue se enquadrar, pois ele que sente e sofre com o olhar do outro. Nesse sentido, na ADFP 186 o Procurador-Geral da República afirmou:

Então, por que as cotas com recorte étnico-racial incomodam tanto? Primeiro, há aquele argumento surrado de que não existem raças. Esta, contudo, é uma visão positivista naturalizando de raça.

É óbvio que raça, nessa visão biológica, não existe. O próprio Supremo já disse isso, naquele caso das publicações antissemitas. Na ocasião, o Ministro Maurício Corrêa falou expressamente: **“o racismo persiste enquanto fenômeno social”**. A raça, nos valendo de Ludwig Wittgenstein, é questão de linguagem, é questão de como o conceito é ressemantizado

e mobilizado por todos: por quem olha e por quem é olhado.

(...)

E, por fim, uma última palavra a respeito do critério adotado. **O único possível é do autorreconhecimento. Por quê? Apenas numa sociedade hegemônica é que um dado grupo tem o poder das classificações e das definições; de estabelecer fronteiras; de dizer quem está dentro e quem está fora. Numa sociedade plural cada um tem a possibilidade de afirmar a sua identidade.** Essa afirmação traz consequências que vão muito além do mero ingresso numa universidade. A permanência nesse ambiente e mesmo o posterior ingresso no mercado de trabalho também se fazem acompanhar desse dado. (grifos acrescentados)

Autodeclarar-se negro, branco, pardo, indígena, entre outros, é algo que transpassa a questões do genótipo e flexibiliza o viés do fenótipo como único critério.

A identificação precisa, também, levar em conta tanto a questão social quanto a econômica do que apenas traçar como única métrica o nível de melanina e os traços negroides.

Apegar-se com exclusividade ao fenótipo ou genótipo é uma falha, pois as ações afirmativas buscam incluir grupos vulneráveis. Por isso, incutir um viés social no critério racial é relevante.

De acordo com Evandro Finardi Sabóia (2013, p. 2), a identidade é um processo que está vinculado ao tempo e a sociedade ao qual o indivíduo está inserido. Assim, a identidade, em sua visão, seria produto da *“interação de um indivíduo com o outro e com a sociedade ao qual pertence, portanto, a alteridade será percebida e analisada num contexto histórico e cultural de uma determinada época e compreendida na forma como o indivíduo se identifica perante a mesma.”*

A (des)construção da identidade negra, portanto, é um tema que se estuda há décadas. O embranquecimento da população brasileira, por exemplo, foi tema de política pública desde o século XX.

O debate sobre o embranquecimento da população brasileira surgiu no início do século XX, ganhou força em meados da década de 1930, e fez nascer em nossa sociedade uma enormidade de gradientes de cor, que pretendemos debater a partir da análise do quesito cor ou raça do IBGE. É preciso lembrar, porém, que foi também o debate sobre a necessidade de embranquecimento de nossa população que desencadeou, segundo Schwarcz (1996), o surgimento de uma nova vertente no debate, a de valorização da mestiçagem (SABOIA, 2013, p. 4)

Portanto, de acordo com Manuela de Carneiro da Cunha (2009), a construção identitária negra é complexa e delicada, pois envolve a dinâmica do seu primeiro grupo social: a família. Com passar do tempo seu ciclo e espaço social se articula e se amplia em eventos culturais daquele grupo. Por isso, a construção identitária envolve um jogo de contraste étnico que impõe resistência e reconhecimento para sejam compreendidos e aceitos como tal.

A identidade é fruto, então, de uma construção cultural, *“posto que a cultura e a identidade são constantemente reinventadas, recompostas, investidas de novos significados numa dinâmica que não tem fim”* (SABOIA, 2013, p. 9).

Entender a questão étnica sob aportes sociais de autoidentificação se revela essencial para dar voz a grupos segregados e lidos por outras lentes como um nicho diferente.

De acordo com Kabengele Munanga (2005) a construção identitária toma emprestado das dinâmicas socioeconômicas (história, geografia, estruturas de produção, memória coletiva, religião, entre outros) seus elementos basilares. Os grupos sociais empregam sentido, significado a esses elementos em determinado contexto tempo-social.

É nesse sentido que Munanga (2005) afirma que:

O conceito de identidade evoca sempre os conceitos de diversidade, isto é, de cidadania, raça, etnia, gênero, sexo etc. com os quais ele mantém relações ora dialéticas, ora excludentes, conceitos esses também

envolvidos no processo de construção de uma educação democrática.

Todos nós, homens e mulheres somos feitos de diversidade. Esta, embora esconda também a semelhança, é geralmente traduzida em diferenças de raças, de culturas, de classe, de sexo ou de gênero, de religião, de idade etc. A diferença está na base de diversos fenômenos que atormentam as sociedades humanas.

(...)

A tomada de consciência das diferenças desemboca em processo de formação das identidades contrastivas hetero-atribuídas e auto-atribuídas. Os processos identitários, sabe-se, são estritamente ligados à própria história da humanidade. Como escreveu Calhoun, não conhecemos nenhum povo sem nome, nenhuma língua e nenhuma cultura que não fazem, de uma maneira ou de outra, a distinção entre “ela” e a “outra”, entre “nós” e “eles”.

Ser cidadão e estar inserido em um determinado grupo social cria a noção de nós e eles. Isso faz parte das interações humanas. Ao Estado, por outro lado, se espera que atue na diminuição dessa categorização que pode ter viés excludente.

É dever estatal propiciar uma sociedade justa e solidária que não segregue em razão da raça, sexo, cor e idade; na busca do utópico objetivo fundamental da República Federativa do Brasil consagrado no art. 3º de nossa Constituição é preciso que o Estado trace políticas públicas que busquem atingi-la.

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir** as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A efetivação do texto constitucional impõe ação estatal. Não cabe ao Estado do século XXI ficar inerte aos dilemas sociais; não cabe ao perfil estatal ser neutro em políticas públicas.

A nível subnacional a legislação do Estado do Rio de Janeiro tende a ser bastante farta. Até o presente momento, a política de ações afirmativas tem sido bem-sucedida e prorrogada.

A Lei nº 8.121/2018 manteve o critério de **autodeclaração** associado com análise socioeconômica para aqueles que se enquadram no grupo de vulneráveis possam fazer jus à política afirmativa.

Denota-se, com isso, que a política pública regional foi além dos traços fenotípicos.

A reserva de vagas, nos termos da lei, elege grupos vulneráveis como negros, pardos e indígenas a fim de reconhecê-los como alvos da política pública. Seu sentido axiológico, contudo, extrapola o mero elemento genético ou traço físico. Por isso, aglutinou-se um elemento objetivo a fim de mitigar o olhar externo por meio de um critério pautado com exclusividade na heteroidentificação: análise econômica.

Para José Luis Patrucelli e Ana Lucia Saboia (2013):

(...) identidade racial fenotípica, semi aberta ou inconclusa, gera enormes dificuldades de autodefinições e de identificações étnico-raciais, posto que **a cor é apenas uma informação para se construir o edifício étnico-racial brasileiro, não é um fim em si mesma, mas apenas e tão somente um item neste processo.**

Autodeclarar-se negro/pardo é reconhecer em qual nicho social o indivíduo se encontra em razão das pequenas agressões étnico-raciais que sofre em seu dia a dia que um terceiro não saberá porque nunca as sentiu.

Exigir que a autodeclaração seja ratificada por terceiros tidos como *técnicos* impõe uma releitura eugênica ainda que o intuito seja mitigar possíveis fraudes.

O caminho mais razoável, aparentemente, impõe uma análise sob a ótica socioeconômica. Faz jus à vaga aquele que seja lido como alguém pertencente a um grupo eleito como vulnerável, mas que também o seja sob o prisma econômico.

Incutir a análise econômica no processo torna o controle mais objetivo e menos aberto a sutilezas do olhar externo, pois a análise econômica é objetiva e de fácil aferição.

POLÍTICA AFIRMATIVA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A política afirmativa de cotas em âmbito de vestibular já foi definida como constitucional pela mais alta Corte do país.

O STF, por unanimidade, declarou constitucional a política de cotas criada pela Universidade de Brasília – UnB.

O Ministro Relator, em seu voto, apontou a importância da instituição da cotas, mas, sobretudo, dos instrumentos manejados pelo Estado para sua efetivação.

Além de examinar a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, é preciso verificar também se os instrumentos utilizados para a sua efetivação enquadram-se nos ditames da Carta Magna. Em outras palavras, tratando da utilização do critério étnico-racial para o ingresso no ensino superior, é preciso analisar ainda se os mecanismos empregados na identificação do componente étnico-racial estão ou não em conformidade com a ordem constitucional.

Como se sabe, nesse processo de seleção, as universidades têm utilizado duas formas distintas de identificação quais sejam: a autoidentificação e a hetero identificação (identificação por terceiros). Essa questão foi estudada pela mencionada Daniela Ikawa, nos seguintes termos:

A identificação deve ocorrer primariamente pelo próprio indivíduo, no intuito de evitar identificações externas voltadas à discriminação negativa e de fortalecer o

reconhecimento da diferença. Contudo, tendo em vista o grau mediano de mestiçagem (por fenótipo) e as incertezas por ela geradas—há (...) um grau de consistência entre autoidentificação e identificação por terceiros no patamar de 79% -, essa identificação não precisa ser feita exclusivamente pelo próprio indivíduo.

Tanto a autoidentificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são, a meu ver, plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional. (grifos acrescentados)

Sobre o tema, o Min. Gilmar Mendes fez a seguinte observação:

A noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, **“a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada”.** Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branco num contexto social e negra em outro, como ocorre com **“alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos”** (BERNARDINO, Joaze, In: Levando a raça a sério: Ação afirmativa e universidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

De todo forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, **no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, dentre os quais sobressai a posição ou o status cultural, social e econômico do indivíduo.** Como já escrevia nos idos da década de 40 do século passado Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais

pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos.” (PRADO JÚNIOR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109).

(...)

Em 2005, o jogador de futebol Ronaldo – “O Fenômeno” -, presenciando as agressões racistas que jogadores negros estavam sofrendo nos gramados espanhóis, deu a seguinte declaração: “Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas”.

Tal declaração gerou grande repercussão no Brasil e obrigou Ronaldo a explicar o que ele quis dizer: “Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. **Não sou branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação**”.

Ali Kamel utiliza esse acontecimento como exemplo das mudanças que estariam ocorrendo na mentalidade brasileira. Alerta, dessa forma, que a crise gerada pela declaração do jogador é a prova de que estamos aceitando a tese da “nação bicolor”; que antes o discurso predominante era favorável à autodeclaração e que agora achamos que temos o direito de classificar as pessoas (KAMEL, Ali. Não Somos Racistas? Uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 139-140).

(...)

A adoção de critério de análise do fenótipo para a confirmação da veracidade da informação prestada pelo vestibulando pode suscitar alguns problemas. De fato, a maioria das universidades brasileiras que adotaram o sistema de cotas “raciais” seguiram o critério

da autodeclaração associado ao critério de renda.

A comissão de Relações Étnicas e Raciais da Associação Brasileira de Antropologia (Crer-ABA), em junho de 2004, manifestou-se contrária ao critério adotado pela UnB, nos seguintes termos:

“A pretensa objetividade dos mecanismos adotados pela UnB constitui, de fato, um constrangimento ao direito individual, notadamente ao da livre autoidentificação. Além disso, desconsidera o arcabouço conceitual das ciências sociais, e, em particular, da antropologia social e antropologia biológica.

A Crer-ABA entende que a adoção do sistema de cotas raciais nas Universidades públicas é uma medida de caráter político que não deve se submeter, tampouco submeter aqueles aos quais visa beneficiar, a critérios autoritários, sob pena de se abrir caminho para novas modalidades de exceção atentatória à livre manifestação das pessoas” (MAIO, marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de Cotas Raciais, os “Olhos da Sociedade” e os usos da antropologia: O caso do vestibular da Universidade de Brasília)

Defendendo a adoção do critério da autodeclaração no lugar da análise do fenótipo, Marcos Chor Maio e Ricardo Ventura Santos concluem:

“A comissão de identificação racial da UnB operou uma ruptura com uma espécie de “acordo tácito” que vinha vigorando no processo de implantação do sistema de cotas no país, qual seja, o respeito à auto-atribuição de raça no plano das relações sociais. A valorização desse critério, próprio das sociedades modernas e imprescindível em face da fluidez racial existente no Brasil, cai por terra a partir das normas estabelecidas pela UnB” (MAIO, marcos Chor; SANTOS, Ricardo

Ventura. Política de Cotas Raciais, os “Olhos da Sociedade” e os usos da antropologia: O caso do vestibular da Universidade de Brasília)

(...)

Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira.

Nesse ponto, parece não haver distinção entre “branco” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Como apontam alguns estudos, os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito.

Será justo, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se encontram em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autot classificam como “negros”?

Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda não seria mais adequada para a democratização do acesso ao ensino superior no Brasil?

Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual.

O voto do Min. foi bastante crítico a adoção do fenótipo como único critério para determinar se alguém faz parte ou não do grupo vulnerável para acessar a vaga reservada.

É importante que a autodeclaração seja a principal medida para leitura *racial* daquele que pleiteia a vaga reservada e que não haja ratificação de terceiros nesse processo. O fim teleológico da política

é incluir aqueles que se encontram à margem. Marginalização não tem cor, pobreza não tem cor. Mas racismo sim.

Nesse sentido, a política de cotas da UERJ aparenta mirar um caminho mais razoável ao aglutinar questões raciais com caráter econômico.

Eleger um grupo como vulnerável em política pública, portanto, significa reconhecer seu *status* de vulnerabilidade. É demonstrar que há política inclusiva para esta parcela da população. No entanto, não ofende essa lógica optar reforçá-la com viés econômico.

POLÍTICA DE COTAS E LEIS

A validade das ações afirmativas de cotas no procedimento de vestibular tem fundamento na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Além disso, há atos administrativos que normatizam e dão execução aos comandos da lei.

Atualmente, tanto o governo federal quanto governos estaduais adotam a política de reserva de vagas.

Em âmbito federal, a Lei nº 12.711/12 e o Decreto nº 7.824/12 regulamentam a política nas autarquias federais de ensino. Há, ainda, a Portaria nº 18 do Ministério da Educação.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, houve um intenso laboratório de política pública de cotas. O processo se iniciou em 2001 com a Lei nº 3.524/00, vindo a ser alterada pela Lei nº 3.708/01. Ato contínuo, novas leis alteraram a política de cotas no âmbito fluminense. Atualmente, a Lei nº 8.121/18 regula o tema.

Os dispositivos mencionados adotam a autodeclaração como critério principal associado com situação econômica.

Lei nº 12.711/12

Art. 3o Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1o desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, **por autodeclarados pretos, pardos e indígenas**, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro

de Geografia e Estatística (IBGE). (grifos acrescidos)

Decreto nº 7.824

Art. 2º As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o **caput serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita**; e

II - proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Art. 3º As instituições federais que ofertam vagas de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de nível médio, por curso e turno, no mínimo cinquenta por cento de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo cinquenta por cento das vagas de que trata o caput serão reservadas a estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a um inteiro e cinco décimos salário-mínimo per capita; e

II - proporção de vagas no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo IBGE, que será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas. (grifos acrescentados)

Portaria Normativa nº 18, de 11 de outubro de 2012 - MEC

Art. 3º: As instituições federais vinculadas ao Ministério da Educação - MEC que ofertam vagas de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, inclusive em cursos de educação profissional técnica, observadas as seguintes condições:

I - no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas de que trata o caput **serão reservadas aos estudantes com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita;** e

II - proporção de vagas no mínimo igual à da soma de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação do local de oferta de vagas da instituição, segundo o último Censo Demográfico divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, **será reservada, por curso e turno, aos autodeclarados pretos, pardos e indígenas.**

Da Condição de Renda

Art. 6º: **Somente poderão concorrer às vagas reservadas de que tratam o inciso I do art. 3º e o inciso I do art. 4º os estudantes que comprovarem a percepção de renda familiar bruta mensal igual ou inferior a 1,5 (um vírgula cinco) salário-mínimo per capita.** (grifos acrescentados)

Na seção “Perguntas Frequentes” do sítio eletrônico do Ministério de Educação havia o seguinte direcionamento para dúvidas quanto à comprovação do pertencimento ao grupo vulnerável eleito pela lei.

10) Como será comprovada cor e renda declarados pelos candidatos?

O critério da raça será autodeclaratório, como ocorre no censo demográfico e em toda política de afirmação no Brasil. Já a renda familiar per capita terá de ser comprovada por documentação, com regras estabelecidas pela instituição e recomendação de documentos mínimos pelo MEC.

11) No critério racial, haverá separação entre pretos, pardos e índios?

Não. No entanto, o MEC incentiva que universidades e institutos federais localizados em estados com grande concentração de indígenas **adotem critérios adicionais específicos para esses povos, dentro do critério da raça, no âmbito da autonomia das instituições.**

Lei Estadual 8.121/2018

Art. 1º Fica prorrogada, pelo prazo mínimo de dez anos, a vigência do Programa de Ação Afirmativa, previsto na Lei 5.346, de 11 de dezembro de 2008, aplicável ao ingresso e permanência de estudantes, negros, indígenas e quilombolas, alunos oriundos da rede pública de ensino, pessoas com deficiência, filhos de policiais civis e militares, bombeiros militares e inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço, desde que carentes, nos cursos de graduação das respectivas instituições públicas de ensino superior do Estado do Rio de Janeiro

§ 1º O prazo referido no caput acima poderá ser ampliado pelas instituições de ensino superior,

após a aprovação, por suas máximas instâncias deliberativas, sendo-lhes atribuído também:

I – fixar o percentual de vagas reservadas a negros, indígenas e alunos oriundos de comunidades quilombolas, observando o quantitativo mínimo de 20% (vinte por cento), em cada curso, e facultando às universidades públicas estaduais decidir sobre reservas específicas para povos indígenas e quilombolas;

§ 2º Fica mantido o regime de autodeclaração nas inscrições e matrículas para exames vestibulares e de admissão para estudantes negros e indígenas, sendo obrigatória a instituição de Comissão Permanente de Assistência, para verificar a regularidade do exercício dos direitos reconhecidos e reparados por esta lei, especialmente para apurar casos de desvio de finalidade, fraude ou falsidade ideológica, cabendo às Universidades criarem mecanismos para estes fins.

§ 4º Por estudante carente entende-se como sendo aquele assim definido por cada universidade pública estadual, no uso de sua autonomia, devendo levar em consideração o nível socioeconômico do candidato.

A política afirmativa, então, pode ser efetivada por meio da inclusão de um critério econômico que facilite e torne mais objetivo seu controle.

No Anexo 3 do edital de vestibular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro de 2021, ficou definido o seguinte:

1. DAS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

1.1 Para concorrer às vagas reservadas pelo sistema de cotas, o candidato deve:

a) preencher os requisitos indicados no item 1.4 do Edital de Convocação para um dos grupos de cotas;

b) atender à condição de carência socioeconômica definida como renda per

capita (por pessoa da família) **mensal bruta igual ou inferior a R\$ 1.650,00 (hum mil seiscentos e cinquenta reais).**

1.1.1 Para calcular a renda per capita, utiliza-se a RENDA BRUTA (sem os descontos) das pessoas relacionadas no Formulário de Informações Socioeconômicas - FIS, que residam com o candidato.

1.2 A comprovação tanto da condição de carência socioeconômica quanto dos requisitos necessários para ingressar por um dos grupos de cotas é feita pela análise da documentação indicada neste Anexo.

Essa documentação deve ser encaminhada exclusivamente online, no período indicado no calendário (Anexo 1), juntamente com o Formulário de Informações Socioeconômicas.

1.2.1 Para envio online da documentação, cada documento deve ser escaneado ou fotografado. É imperativo que todas as informações do documento fiquem nítidas e legíveis.

1.3 É de responsabilidade do candidato o envio da documentação contendo o valor da RENDA BRUTA mensal atualizada que possibilite a realização do cálculo da renda per capita e a caracterização da condição de carência.

1.4 O candidato deverá encaminhar toda documentação conforme RELAÇÃO DE DOCUMENTOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DA RENDA (modelos de documentos ao final desse anexo).

1.5 A prestação de informações falsas ou a apresentação de documentação inidônea pelo candidato às cotas reservadas para estudantes negros, indígenas e oriundos de comunidades quilombolas apurada posteriormente à matrícula, em procedimento que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, ensejará o cancelamento de sua matrícula junto à UERJ,

sem prejuízo das sanções cíveis e penais eventualmente cabíveis.

3.2 Se concorrentes ao grupo de cota para estudantes negros, os candidatos devem encaminhar, para comprovação de sua opção de cota, uma autodeclaração, enfatizando o conjunto das suas características físicas (fenótipo).

A declaração deve ser acompanhada de uma fotografia colorida, com boa iluminação, em tamanho 5x7, pegando o rosto e os ombros do candidato.

DECLARAÇÃO

De acordo com a Lei Estadual nº 8.121/2018, eu (nome completo), inscrito no Vestibular Estadual 2021, sob o nº (inscrição), declaro, sob penas das sanções penais, previstas no Decreto-Lei n 2.848/40 (Código Penal – Arts. 171 e 299), administrativas (nulidade da matrícula) e civis (reparação ao erário), além das sanções previstas nas normas internas da UERJ, identificar-me como negro.

A prestação de informações falsas ou a apresentação de documentação inidônea pelo candidato às cotas reservadas para estudantes negros, indígenas e oriundos de comunidades quilombolas apurada posteriormente à matrícula, em procedimento que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, ensejará o cancelamento de sua matrícula junto à UERJ, sem prejuízo das sanções cíveis e penais eventualmente cabíveis.

Informo a seguir o(s) critério(s) utilizado(s) para me autodeclarar negro. Características físicas (fenótipo). Especifique. (data e assinatura do candidato)

Denota-se que a UERJ não deixou de buscar traços físicos do fenótipo para aqueles que almejam uma vaga reservada na condição

de negro ou pardo, mas associou a este critério subjetivo da *paleta de cor* uma análise mais objetiva: renda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou percorrer a dificuldade da criação de um identidade e de sua submissão ao olhar do outro. A inexistência de um parâmetro fidedigno apto a ratificar a autoidentificação em negro ou pardo torna o processo mais complexo.

Há, portanto, dois caminhos a seguir: usar o olhar de um terceiro para cancelar a autodeclaração ou aglutinar análise econômica que possibilite a adoção de um critério objetivo.

A questão cultural, o processo de construção da identidade não é perceptível em uma banca de heteroidentificação. Por isso, a Lei nº 8.121/2018 manteve em seu art. 1º, §2º a autodeclaração como critério, mas não impediu que a UERJ, em razão de sua autonomia, adotasse os meios necessários para impedir fraude ao sistema de cotas.

Diante da complexidade de criar uma comissão que pudesse atestar a partir de critérios plurais e subjetivos a *paleta de cor* do candidato negro ou pardo autodeclarado a atração de elementos objetivos como renda se tornam essenciais.

Evidente que a dificuldade atrelada à *paleta de cor* se faz coerente diante, principalmente, dos pardos que são consequência de política de embranquecimento da população. Estes são os principais beneficiários da política pública que sofrem na régua racial de uma banca de heteroidentificação, pois, talvez, não seja *negros suficientes* aos olhos da banca.

As áreas especializadas (antropologia e ciências sociais) compreendem que a identidade de uma pessoa é reflexo do meio ao qual ela está inserida; é fruto de suas experiências culturais e sociais. Esses elementos não são perceptíveis em uma entrevista ou por meio de análise documental/fotográfica.

Por isso a questão econômica é um ponto essencial no conjunto da política afirmativa. O elemento econômico traz objetividade e clareza em critérios eleitos pelo próprio legislador, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Manuela Carneiro da. Cultura com aspas e outros ensaios. São Paulo: Cosac, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUNANGA, Kabengele. Diversidade, etnicidade, identidade e cidadania. 2005. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistamovimento/article/view/32511>

PETRUCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia. Características Étnico-Raciais da População: Classificações e Identidades. Rio de Janeiro, 2013.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SABÓIA, Evandro Finardi. Identidade e cultura: reflexões sobre auto identificação racial no Brasil. 2013. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/13791521/1-identidade-e-cultura-reflexoes-sobre-auto-acao-educativa>

SANDEL, Michel. Justiça: O que é fazer a coisa certa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPÍTULO 7

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Diogo Magalhaes Moura Rodrigues
Diogo de Calasans Melo Andrade
Orcid 0000-0003-2779-9185

INTRODUÇÃO

A lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nasceu para regulamentar o tratamento de dados pessoais com o intuito de resguardar os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O surgimento desta lei trouxe um grande impacto tanto para as instituições privadas, quanto para instituições públicas, pois dispõe sobre a proteção dos dados pessoais em qualquer meio que os relacione, seja por pessoa física, seja por pessoa jurídica.

As normas contidas na lei são vistas como de interesse nacional, devendo os entes federativos observá-las. Nos termos do art. 23 da LGPD, as pessoas jurídicas de direito público deverão realizar o tratamento dos dados pessoais atendendo à finalidade pública, visando à execução de obrigações legais, bem como a realização da prestação do serviço público.

Ademais, é determinado que os dados sejam mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, de modo a efetivar políticas públicas, serviço público, descentralização de atividade pública e o acesso de informações pelo público em geral.

Ocorre que atualmente a responsabilidade civil do Estado decorre da Teoria do Risco Administrativo. Assim, para que o ente responda pelos danos causados aos administrados, é necessário a comprovação dos elementos: conduta, nexo de causalidade e dano.

No entanto, a doutrina administrativa e a jurisprudência compreenderam que o Estado, em virtude do seu papel e pela natureza sensível do dano, deveria ser responsabilizado em determinadas situações mesmo não havendo a conduta do agente público, surgindo assim a teoria do risco integral.

Portanto, o presente artigo tem a finalidade de analisar o instituto da responsabilização do Estado nos casos em que o dano ao particular é decorrente do vazamento de dados pessoais tratados pelo poder público, bem como demonstrar a viabilidade da aplicação da teoria do risco integral nestas situações. Para tanto, o trabalho realiza a abordagem qualitativa, sendo o estudo de natureza exploratória, aplicando o procedimento de pesquisa bibliográfica e documental, observando as legislações, as doutrinas e os artigos.

DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, SUA IMPORTÂNCIA E FINALIDADE, ALÉM DA DEFINIÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A Lei Geral de Proteção de Dados preceitua sobre a operação dos dados pessoais realizado tanto pela pessoa natural, quanto pela pessoa jurídica de direito privado ou de direito público.

A norma é de extrema valia porque especificou o tema, criou novas sanções, projetou a Agência Nacional de Proteção de Dados, e organizou os elementos contributivos para a proteção dos dados pessoais, principalmente os intrínsecos aos direitos fundamentais, tais como: liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Sobre a importância da lei, Garcia (2020, p.15) relata: “Por ser a mais específica e exclusiva sobre o tema é que a LGPD tem principal relevância e inova ao criar sanções direcionadas, além de uma governança que inclui um novo órgão da Presidência da República.

Ainda sobre o efeito positivo da lei, Pinheiro (2018, p 19) demonstra:

[...] No Brasil, já tinha previsão no Marco Civil da Internet e na Lei do Cadastro Positivo, mas a questão ainda era, muitas vezes, observada de forma difusa e sem objetividade no tocante aos

critérios que serão considerados adequados para determinar se houve ou não guarda, manuseio e descarte dentro dos padrões mínimos de segurança condizentes.

Foi nisso que a nova legislação inovou, ou seja, padronizou, ou melhor, normalizou, quase como uma norma ISO, o que seriam os atributos qualitativos da proteção dos dados pessoais sem a presença dos quais haveria penalidade.

A Lei nº 13.709 de 2018, com a redação dada pela lei 13.853/2019, considera em seu art. 5º, inciso I, dados pessoais: informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável. Pinheiro (2018, p.26) esclarece que:

Dados pessoais é toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros. Sempre relacionados a pessoa natural viva.

Outrossim, o art. 5º, inciso II, da LGDP define os dados pessoais sensíveis como: dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato, ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde, ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Sobre a definição de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, Filho *et al* (2020, p. 19) demonstra:

Dados pessoais são todas as informações de caráter personalíssimo caracterizado pela identificabilidade e pela determinabilidade do seu titular, enquanto os dados sensíveis são aqueles que tratam sobre a origem racial e étnica, as convicções políticas, ideológicas religiosas, as preferências sexuais, os dados

sobre a saúde, os dados genéticos e os biométricos.

O conjunto dessas informações compõe os perfis ou as identidades digitais, possuindo valor político e, sobretudo, econômico, vez que podem ser a matéria prima para as novas formas de controle social, especialmente mediante uso de algoritmos.

Ainda sobre a definição, Pereira *et al* (2020, p.15):

Assim, qualquer informação que possa levar à identificação de uma pessoa, dentro de um dado contexto, é considerado dado pessoal. Seu significado, portanto, é amplo, enquanto que os dados pessoais sensíveis estão elencados em um rol taxativo.

Portanto, em que pese outras normas já tratem de alguns temas acerca dos dados pessoais, como a Lei de Acesso à informação que possui a mesma definição de dados pessoais da LGPD, a Lei 13.709/2018 é um divisor de águas porque unificou a regulamentação, trazendo objetivos, princípios, fundamentos específicos e inovou na criação da Agência Nacional de Dados Pessoais.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O ente público possui obrigação de indenizar o administrado pelos danos causados por seus agentes, como leciona Carvalho (2020, p. 353): “Atualmente, é pacífico no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina comparada e jurisprudência, a responsabilização do ente público pelos danos que seus agentes causam a particulares, nessa qualidade.”

A responsabilidade decorre de três fundamentos: Submissão da Administração Pública ao direito posto, Responsabilização Extracontratual e Princípio da Isonomia. A Administração Pública é submissa ao direito posto em virtude da evolução do Estado de Direito.

O poder público responde extracontratualmente pelo fato de não haver nenhum contrato ou vínculo com o agente que será

indenizado. A responsabilidade fundamenta no princípio da isonomia porque é oportuno que o Estado indenize aquele que está em desigualdade pelo dano enfrentado.

Seguindo o raciocínio, Carvalho (2020, p. 354) dispõe que:

A aplicação do princípio da isonomia, inerente ao ordenamento jurídico constitucional pátrio, uma vez que quando, em benefício de toda a sociedade, o Estado causa um dano específico a alguém ou a pequeno grupo de pessoas, nada mais justo que os sujeitos prejudicados sejam indenizados, como forma de reparar a desigualdade causada pela atuação estatal.

Perante à Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado é encontrada no art. 37. §6º da Constituição Federal, in literes: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Logo, a responsabilidade decorre de forma objetiva, ou seja, para a carta magna não é elementar o dolo ou culpa do agente público na responsabilização do Estado. A análise subjetiva será peça nuclear numa ação regressiva autônoma na qual, caso comprovado o dolo ou culpa, o agente público será responsabilizado perante o Estado.

Destarte, a responsabilidade objetiva do Estado decorre de três fatores: conduta do agente público, nexo de causalidade e dano. A conduta do agente público pode ser tanto na atuação, quanto na qualidade de agente público. Tal compreensão é corolário da teoria da imputação porque a conduta deve ser imputada ao ente que o agente representa.

Outrossim, consoante o entendimento majoritário da doutrina administrativa, a conduta do agente público, para enquadrar como elemento da responsabilidade objetiva do ente público, precisa ser comissiva, de modo que a se a conduta for omissiva a responsabilidade será configurada em natureza subjetiva.

Além da conduta do agente público, é necessário que haja um dano. No entanto, dano não é qualquer prejuízo. É primordial que o dano seja jurídico, mesmo que seja exclusivamente moral.

Ainda sobre, nos casos de danos decorrentes por atos lícitos é necessário a comprovação de que o dano fora anormal e específico. A justificativa para a comprovação da anormalidade e a especificidade lastreiam-se no princípio da isonomia porque determinado grupo ou pessoa sofrera um prejuízo diferenciado em um ato que visa a beneficiar toda a coletividade.

Destarte, os danos decorrentes por atos lícitos que são normais e genéricos não ensejam responsabilização do Ente, pois em tais situações a conduta é decorrente do chamado risco social.

Para preencher os elementos que caracterizam a objetividade da responsabilidade do Estado, é oportuno que haja nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado.

O Brasil adota a teoria da causalidade adequada, ou seja, o Estado responde, contudo, é necessário que a conduta seja determinante para o dano. Portanto, caso haja ações que não sejam decorrentes da vontade do Estado, ações essas esplanadas por meio da conduta do agente público, e causem um dano ao administrado, a doutrina administrativa entende que se trata da teoria da interrupção do nexo causal e consequentemente afasta a responsabilidade do Estado.

Ademais, a Constituição Federal não responsabiliza apenas os Entes Federativos (administração direta), Autarquia ou Fundação Autárquica (entidades da administração indireta de direito público), uma vez que prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços.

Todavia, é mister que as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas (entidades da administração indireta de direito privado) no bojo da exploração de atividade econômica não terão responsabilidade objetiva doravante à Constituição Federal.

Carvalho (2020, p. 357) explana que:

Faz-se uma ressalva às pessoas da administração indireta, pois nem todas podem ser incluídas neste conceito. As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista somente se incluem neste dispositivo, quando criadas para a prestação de serviços públicos. Dessa forma, insta salientar que a responsabilidade Civil do Estado não abarca

as empresas estatais que exploram atividade econômica. A responsabilidade, neste caso, será regulamentada pelo direito privado, variando de acordo com a natureza da atividade econômica explorada pela entidade.

Ademais, a responsabilidade objetiva também atinge aos particulares prestadores de serviço público decorrentes de delegação. Ocorre que nos casos em que o dano é decorrente de um particular ou de um ente da administração indireta, o Estado responde objetivamente, mas de forma subsidiária ao particular ou a entidade.

Nesse sentido, Carvalho (2020, p. 357):

Em outras palavras, sendo o dano causado por uma entidade prestadora de serviços públicos, somente é possível a responsabilização do Estado após o esgotamento das tentativas de pagamento por parte da empresa pelos prejuízos causados.

Portanto, a Constituição Federal responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público (União, Estado, Distrito Federal, Município, Autarquias e Fundações Autárquicas), bem como os particulares e as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos. No entanto, em que pese a lei maior prever a natureza objetiva da responsabilidade, a responsabilidade será afastada quando não for apresentado os três pilares que são: conduta do agente público, nexo de causalidade e dano.

DA DIVISÃO EM TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A doutrina administrativa compreende que atualmente a responsabilidade civil do Estado decorre do risco inerente ao seu desempenho, de tal modo que a nomenclatura da ideia central é Teoria do Risco.

Ocorre que a jurisprudência e a doutrina administrativa vêm admitindo a divisão da Teoria do Risco em Teoria do Risco Administrativo e Teoria do Risco Integral. O motivo decorre na controvérsia sobre a possibilidade da excludente de responsabilidade do Estado.

Na Teoria do Risco Administrativo o ponto de análise é a atuação do Estado, ou seja, a referência da responsabilidade é o risco inerente ao exercício que ele desenvolve. Na Teoria do Risco Integral o foco da responsabilidade é a verificação da carga que a vítima sofrerá.

O efeito desta diferença desabrocha na possibilidade do Estado ter a responsabilidade em reparar o prejuízo nos casos que faltem elementos demonstrativos que comprovem a conduta do agente público, o nexo de causalidade e o dano.

Para os defensores da Teoria do Risco Integral o Estado tem a obrigação de reparar os danos causados aos administrados independentemente da comprovação que a desvantagem sofrida por ele seja resultado da conduta do agente público, ou seja, basta que tenha o nexo de causalidade e o prejuízo.

Já os apoiadores da Teoria do Risco Administrativo compreendem que não é lógico o Estado responder por obrigações que não decorreram dos três elementos já mencionados anteriormente. Inclusive, nas situações que haja a culpa da vítima ou caso fortuito e força maior os estudiosos defendem que essas são excludentes de responsabilidade. Todavia, as três situações são apenas excludentes do nexo de causalidade, conforme leciona Santos (2020, p. 361):

Essas situações, nas quais ocorre a interrupção do nexo de causalidade, são apontadas, pela doutrina, como hipóteses de excludente de responsabilidade do Estado e, em provas objetivas, é comum a menção a três dessas situações, quais sejam, Caso Fortuito, Força Maior e Culpa Exclusiva da Vítima – que são, repita-se, nada mais do que hipóteses de exclusão de nexo de causalidade.

O argumento utilizado pela doutrina que segue a corrente do Risco Integral é a responsabilidade universal que o Estado assume. Contudo, o pensamento oposto entende que a Teoria do Risco Integral é abusiva, uma vez que o Estado seria obrigado a reparar os danos mesmo em situações que foram decorrentes da ação da vítima, conforme explica Meirelles (2020, p. 663):

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo,

abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque foi acimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.

Por fim, em que pese a divergência, a doutrina administrativa brasileira majoritária entende que há três situações que possibilitam a aplicação da teoria do risco integral, são elas: Danos ambientais (art. 225, §3º da CF e art. 14§1º da lei 6.983/1981); danos nucleares (art. 21, XXIII da CF) e danos decorrentes de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves brasileiras operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo (art. 1º da lei 10.744/2002).

DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

A lei geral de proteção de dados em seu art. 5º, inciso X, define tratamento como toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

O Poder Público é visto pelas pessoas jurídicas de direito público definidas no parágrafo único do art. 1º da lei 12.527 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação). Ocorre que pela interpretação literal, entende-se que a lei deixaria de lado as fundações públicas de direito privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

No entanto, as sociedades de economia mista e as empresas públicas quando estiverem prestando serviço público e realizarem operação dos dados pessoais, elas receberão o mesmo tratamento dado às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, órgãos, autarquias e fundações de direito público.

Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados demonstra que os serviços notariais e de registro em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, órgãos, entidades autárquicas, fundações públicas de direito público, sociedade de economia mista e empresa pública que realizem serviços públicos.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deve obedecer à finalidade pública com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

Entretanto, é necessário que os órgãos e as entidades informem que realizam a operação de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, finalidade, o procedimento e as práticas utilizadas para execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em sítios eletrônicos e indiquem um encarregado quando realizarem o tratamento de dados, de modo que ele obedecerá as instruções do controlador (pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais).

Ainda sobre o tema, o poder público deve manter os dados interoperáveis e, para o uso compartilhado, deve atender as finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuições legal pelos órgãos e entidades públicas, bem como respeitar os princípios de finalidade; adequação; necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação; responsabilização e prestação de contas.

É proibido que o poder público compartilhe os dados pessoais da sua base de dados com pessoas jurídicas de direito privado, desde que o faça em situações de atividade descentralizada de atividade pública; em casos de dados acessíveis publicamente; quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres e nas hipóteses de prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e integridade do titular dos dados.

Nos casos de compartilhamento de dados pessoais em virtude de contratos, convênios ou instrumentos congêneres, é necessário que a Agência Nacional de Proteção de Dados seja comunicada.

Nos outros casos, além da comunicação da autoridade nacional, é preciso o consentimento do usuário, exceto nas situações que a Lei Geral de Proteção de Dados dispense a autorização, nas hipóteses mencionadas anteriormente e no caso de publicidade de atividades com a finalidade específica.

Caso o Poder Público não atue em conformidade com a lei 13.709/2018, a Agência Nacional tomará as medidas cabíveis, sendo previsto solicitação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e adoção de padrões e de boas práticas.

Logo, percebe-se que, pela lei específica, o Poder Público administrativamente não terá a responsabilidade em pecúnia, ou seja, caso ele não atue em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados, a autoridade nacional só determinará a obrigação de fazer um relatório de impacto à proteção de dados pessoais e adotar padrões de boas práticas, não sendo previsto a aplicação de multa.

DO NOVO TEMPO, ESPAÇO E POSIÇÃO QUE O ESTADO ESTÁ ASSUMINDO

É notório que em virtude dos avanços tecnológicos estamos diante de um novo tempo e um novo espaço, o qual o tempo é determinado pelas informações e o espaço é limitado pelo ciberespaço. Em decorrência da transformação, o Estado assume uma nova responsabilidade em virtude da prestação de serviços públicos por meio de ferramentas eletrônicas.

Por tais mudanças que discussões foram tratadas para regulamentar o novo modelo, uma vez que as relações comerciais, sociais e políticas passaram a tratar os dados pessoais como fonte principal que sustenta toda a cadeia de interação.

Atualmente, já é realidade as chamadas cidades inteligentes, as quais a interação do usuário com o meio é orquestrada por instrumentos de tecnologia.

Conforme demonstra Andrade, Cruz e Rodrigues (2020, p 69):

As cidades vêm passando por inúmeras transformações desde o período pós-industrial, ora im-pulsionadas pelas inovações tecnológicas. Dito isto, frisa-se que as novas

tecnologias informacio-nais e de comunicação são aprimoradas constantemente. De modo que, o período atual e sua fluidez corresponde ao que o sociólogo Zygmunt Bauman (2001) denomina como modernidade líquida. Nas últimas duas décadas pôde-se observar uma grande expansão informacional devido ao súbito desen-volvimento e difusão tecnológica. Nunca se criou tanto no campo da tecnologia quanto tem sido cria-do nos tempos atuais; smartphones, tablets, televisores e relógios com acesso à internet fazem com que as pessoas estejam cada vez mais conectadas ante ao que o sociólogo espanhol Manuel Castells chama de Sociedade em Rede.

Neste diapasão, o Ministro de Estado das Comunicações, por meio da portaria nº 376, de 19 de agosto de 2011, o qual fora publicado no Diário Oficial da União em 22 de agosto de 2011, já instituiu o projeto de Implementação e Manutenção das Cidades Digitais.

Inclusive, um dos objetivos da implementação das cidades digitais é facilitar a apropriação de tecnologias da informação e da comunicação pela gestão pública local e pela população, de maneira coordenada e integrada entre esferas dos poderes públicos e da sociedade, visto o art. 1º, III da portaria nº 376/11.

Um exemplo de iniciativa do chamado governo eletrônico é o que vem acontecendo no município de Aracaju, cujo fora implementado o prontuário eletrônico na rede de saúde em todas as Unidades Básicas de Saúde, bem como nos dois Centros Especializados Médicos, além da implementação nos hospitais municipais Nestor Piva e Fernando Franco. Ademais, o município também implementou as informações dos itinerários, pontos e horários de parada de ônibus que realizam o transporte público da região no aplicativo Cittamobi.

Ainda sobre os exemplos, o governo do Estado de São Pulo elaborou o Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI) com intuito de analisar e acompanhar os índices de distanciamento social e do isolamento durante a pandemia do Coronavírus.

O SIMI foi um acordo entre o governo de São Paulo com as operadoras de telefone celular do país, cujo objetivo era identificar por

meio do chip do telefone móvel os locais onde as pessoas estavam e demonstrar se havia concentração no local. Outra medida interessante com o uso da política tecnológica é o estudo que o Tribunal Superior Eleitoral está fazendo para implementar as votações on-line ou por meio de um aplicativo já na eleição de 2022.

Portanto, é oportuno destacar que os entes já estão assumindo uma nova responsabilidade com um novo tipo de risco ao implementar, na relação com os administrados, ferramentas que armazenam dados pessoais e dados sensíveis em um campo que ainda é bastante vulnerável ao controle e à fiscalização por parte do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o artigo, fora demonstrada a importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, bem como a definição de dados pessoais e dados sensíveis, além do tratamento dos dados pessoais pelo poder público. Ademais, o trabalho abordou o a previsão da responsabilidade civil na carta magna, discorreu sobre a teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, além de demonstrar o novo papel que o Estado vem desenvolvendo.

A responsabilidade civil do Estado está prevista de forma objetiva na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 37, §6º, sendo a Teoria do Risco da Atividade Administrativa o seu pilar. Ocorre que a doutrina administrativa e a jurisprudência compreendem a existência da teoria do risco integral que passou a ser aplicada em situações especiais.

A Teoria do Risco Integral atualmente é aplicada em situações que o dano é proveniente do dano ambiental, do dano nuclear, de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves brasileiras operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo.

Alguns doutrinadores entendem que a utilização da teoria é absurda porque enseja um desequilíbrio para o ente. Contudo, tais considerações devem ser afastadas no caso de vazamento de dados pessoais porque o que se busca é de fato equilibrar o peso do dano sofrido pelo administrado. Ademais, é notório que nestes episódios

não há apenas um usuário como vítima, ou seja, o alcance do prejuízo decorrente do vazamento de dados pessoais é coletivo.

Outrossim, a repercussão do vazamento dos dados dá margem para utilização destes em crimes financeiros, fraudes, criação de cadastros falsos, abertura de contas, falsificação de documentos, extorsão e vantagens, entre outros.

Além disso, a Teoria do Risco Integral servirá como incentivo ao Estado para implementar as melhores políticas de segurança e fiscalização no tratamento de dados pessoais, pois o ente assumirá um papel o qual a sua responsabilidade de reparação acontecerá sem a perspectiva de excludente.

Ocorre que pela lei 13.709/2018, o tratamento irregular dos dados pessoais pelo poder público não ensejaria indenização em pecúnia, apenas obrigação de fazer relatório de impacto à proteção de dados pessoais e adotar padrões de boas práticas.

Portanto, denota-se que é de extrema importância repensar e discutir a posição do Estado como protetor universal pois o ente está deixando de ter uma posição que acarreta uma causalidade, uma vez que está em andamento uma transformação no ambiente social, cuja a consequência do dano proveniente do vazamento de dados é imensurável, ou seja, não conseguimos calcular a intensidade do dano, nem conseguimos limitar o número de pessoas que serão atingidas pelo ocorrido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo; CRUZ, Letícia Feliciano dos Santos; RODRIGUES, Fagner Farias. Cidades digitais e sociedade em Rede: Interseções e desafios de uma construção sociotécnica. Interfaces Científicas. Aracaju.V.10.N.2 .p. 66 – 79.Número Temático – 2020

APLICATIVO para transporte na grande Aracaju tem mais de 500 mil consultas. Setransp, Aracaju, 3 de outubro 2016. Disponível em: <https://setransp-aju.com.br/2016/10/03/aplicativo-para-transporte-na-grande-aracaju-tem-mais-de-500-mil-consultas>. Acesso em: 15 de nov.de 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Renato Opice; LOPES, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Dispõe sobre a lei geral de proteção de Dados. Brasília DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 12 de nov. 2020

BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Dispõe sobre a lei de acesso à informação. Brasília DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 12 de nov. 2020

CAMARGO, Coriolano A, SANTOS, Cleórbete. Direito digital: novas teses jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7.ed.rev.ampl.e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 32.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GULLINO, Daniel. TSE estuda adotar voto pelo celular ou internet para as eleições de 2022. O Globo, Rio de Janeiro, 15 de novembro 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/eleicoes-2020/tse-estuda-adotar-voto-pelo-celular-ou-internet-para-as-eleicoes-de-2022>. Acesso em: 15 de nov.de 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes Meireles. Direito Administrativo Brasileiro. 44. ed.rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2020.

NETO, Pedro Camilo de Figueredo; PONTES, Mayanne. Lei Geral de Proteção de Dados: novos paradigmas do direito no Brasil. Ebook. Mentis Abertas.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 7.ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAÚDE de Aracaju avança com prontuário eletrônico e informatização de processos. Jornal do Dia, Aracaju, 9 de janeiro 2020. Disponível em: http://www.jornaldodiase.com.br/noticias_ler.php?id=45069&t=saude-de-aracaju-avanca-com-prontuario-eletronico-e-informatizacao-de-processos. Acesso em: 15 de nov.de 2020.

CAPÍTULO 8

A CONTRACONSTITUIÇÃO SCHMITTIANA: UM ENSAIO PARA SE ESPANTAR COM A TEORIA CONSTITUCIONAL¹

Siddharta Legale

Orcid 0000-0002-7472-3469

INTRODUÇÃO

Em geral, não se encontra nos manuais brasileiros uma visão suficientemente crítica ao conceito político de Constitucional de Carl Schmitt. Observa-se via de regra a repetição da sua frase de que a Constituição, em sentido político, é a decisão política fundamental.

Isso, contudo, é insuficiente e irresponsável por ignorar que Schmitt possui em sua teoria o gérmen do que denominamos de uma “contraconstituição” a partir de insights livremente inspirados em suas próprias publicações. Como ele mesmo admite, há na Constituição elementos capazes de destruir todo o sistema de proteção dos direitos e das instituições.

Seus livros mais citados são *Verfassungslehre* (“Teoria da Constituição”)², *Die Diktatur* (“A Ditadura”)³, *Politische Theologie* (“Teologia Política”)⁴ e “O conceito do Político”⁵. Na prática, porém, os manuais retiram e descontextualizam o trecho da teoria da constituição para extrair a decisão política fundamental.

É preciso resgatar a Constituição em sentido político em mais detalhes para, depois dessa empreitada arriscada, lutar contra a captura autoritária da teoria constitucional brasileira contemporânea das suas artimanhas da teoria constitucional schmittiana que acaba por

1 Desenvolvemos as críticas presentes forma formuladas originalmente em nosso manual. Para mais detalhes, Cf. LEGALE, Siddharta. Curso de teoria constitucional interamericana. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2021.

2 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 29 e ss

3 SCHMITT, Carl. Dictatorship: from the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Cambridge: Polity Press, 2014.

4 SCHMITT, Carl. Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty. New York: Columbia University Press, 2011.

5 SCHMITT, Carl. O conceito de político. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

legitimar a construção de um estado nazista, contrário à diversidade, a pluralidade de ideias e a própria democracia.

Essa contraconstituição schmittiana pode ser destrinchada e combatida em termos (i) *metodológicos* com o decisionismo; (ii) *teóricos* com a noção absoluta e relativa de Constituição, bem como com uma diferença entre Constituição e leis constitucionais que legitimam uma “contraconstituição”; e (iii) *políticos* com a sua definição de política como amigo vs inimigo, as críticas ao Parlamento e a compreensão de um Estado de Exceção que legitima uma Ditadura Comissão e/ou Soberana.

Antes de iniciarmos essa jornada, permitam-me o tom informal de sala de aula, gostaria de repetir para os meus alunos e amigos professores que me causa profundo espanto que, até hoje, seja repetido o conceito político mais utilizado nos manuais de teoria constitucional brasileira pertença a um jurista com ideias nazistas. Mais perplexidade ainda, ocorre com o fato de que isso *via de regra* ocorra de forma absolutamente acrítica para os que iniciam a vida acadêmica no segundo período das universidades de direito.

Creio que o ensino e aprendizagem de um tal “conceito político” com esse teor por alguns professores presta um desserviço. O professor deveria ser aquilo que o Rubem Alves denominava de “professor de espantos”⁶ e não um mero repetidor de conteúdos. Se apresento mais detalhadamente a teoria aqui ainda que de forma breve, é para causar espantos. É preciso provocar curiosidade, interesse, amor pelo conhecimento e reconstruir a teoria constitucional, de modo a que ela sirva para a proteção dos direitos humanos e à democracia. Mas até que ponto estamos dispostos a abandonar a teoria constitucional predominante?

CARL SCHMITT: NEM O CATIVEIRO LIBERTA DO NAZISMO

Carl Schmitt (1888-1985) é um dos autores mais controvertidos em termos de história e teoria constitucional. Schmitt foi membro do Partido Nazista alemão, sendo considerado, por alguns, o “coveiro do

6 <https://www.camara.leg.br/tv/516135-documentario-rubem-alves-o-professor-de-espantos/>

liberalismo”⁷ e o jurista coroado do nazismo⁸ e, por outros, como um oportunista malsucedido em se inserir nessas estruturas de Poder.

Ele mesmo chegou a se comparar ao capturado “Capitão Benito Cereno” da novela de Herman Menville ou como um “Epimeteus cristão”, como afirmou nas entrevistas do livro “O cativo liberto (ex captivitates salus)”, conferidas quando ele estava preso por conta do julgamento no Tribunal de Nuremberg dos crimes contra humanidade cometidos pelo Reich.

No livro, “Ex captivitates salus”⁹, cuja tradução é o “cativo liberto”, que resultou de entrevistas conferidas por Schmitt quando ele estava preso por conta do julgamento do Tribunal de Nuremberg por crimes contra humanidade cometidos pelo Reich, o próprio Schmitt se compara ao capturado “Capitão Benito Cereno”¹⁰ da novela de Herman Menville.

Na novela de Menville, o capitão foi mantido prisioneiro por um grupo de escravizados que só mantiveram vivo o capitão por ser o único a saber navegar¹¹. Na novela de Herman Menville, Benito Cereno foi o capitão sequestrado por negros que fizeram motim por terem sido escravizados. Mataram a tripulação, mas mantiveram vivo e refém porque o capitão era necessário para navegação do mesmo.

7 FRANKENBERG, Günter. A gramática da constituição e do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 316.

8 Aparentemente nessa linha, costuma-se dizer que o Guardião da Constituição configura um projeto que vai além da análise jurídica e passa a defesa do autoritarismo político. Cf. CALDWELL, Peter. C. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. London: Duke University Press, 1997, p. 110.

9 SCHMITT, Carl. Ex captivitate salus. Editores Andreas Kalyvas, Federico Finchelstein, Polity Press, 2017.

10 Essa comparação é objeto de muitas análises, abordando a novela de Herman Menville, Benito Cereno foi o capitão sequestrado por negros que fizeram motim por terem sido escravizados. Mataram a tripulação, mas mantiveram vivo e refém porque o capitão era necessário para navegação do mesmo. Com a metáfora, Schmitt parecia ora se autoperceber num papel do “herói” Benito Cereno, elevado à símbolo de intelligentsia no sistema de massa nazista, ora se descrever como um mero professor de direito internacional e constitucional que adotou posições análogas a de Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes em tempos perigosos politicamente. Foi a partir não “Nirvana do puro positivismo”, mas dessa perspectiva analisou os tempos de Bismarck, Weimar e a Liga das Nações.

11 BENDERSKY, Joseph W.; Schmitt’s Diaries. In: JENS MEIERHENRICH e OLIVER SIMONS (Orgs.) The Oxford Handbook of Carl Schmitt. Columbia University Oxford University Press 2016, p. 117 e ss.

Com a metáfora, Schmitt parecia ora se autoperceber num papel do “herói” Benito Cereno, elevado à símbolo de intelligentsia no sistema de massa nazista, ora se descrever como um mero professor de direito internacional e constitucional que adotou posições análogas a de Maquiavel, Jean Bodin e Thomas Hobbes em tempos perigosos politicamente. Foi a partir não “Nirvana do puro positivismo”, mas dessa perspectiva analisou os tempos de Bismarck, Weimar e a Liga das Nações.

Essa anedota é bastante conhecida e objeto de diversas análises. Outra menos conhecida e ainda sem notas, ainda que a mereça se dá quando ele se compara com um “Epimeteus cristão”¹², personagem mítico que teria dado vida aos animais. Epimeteus que foi o irmão de Prometeu - que deu o fogo à humanidade. Epimeteus foi quem deu vida aos animais. Schmitt assume a sua natureza opaca como alguém que não é réu nem acusador. A Alemanha é minuciosamente descrita como um túmulo de detritos de figuras célebres (para ele ao menos), como Konrad Weib, autor de o Cristão Epimeteus, enterrado em Munique com cujo trecho ele encerra um dos capítulos de que o aprisionamento da alma leva ao mundo.

Independentemente de como ele se autopercebia de verdade, ele foi inocentado e solto tempos depois, ainda que todas as suas construções teóricas tenham servido, de fato, a fundamentar o nazismo, ainda que não tenha dito sucesso em pertencer aos círculos de poder hitleristas. Nem o cativo ou o ver o fim do regime nazista foi capaz de fazê-lo revisitar a sua teoria para purgá-la dos seus elementos autoritários.

12 Ele não explica quem é Epimeteus que foi o irmão de Prometeu - que deu o fogo à humanidade. Epimeteus foi quem deu vida aos animais. Schmitt assume a sua natureza opaca como alguém que não é réu nem acusador. A Alemanha é minuciosamente descrita como um túmulo de detritos de figuras célebres (para ele ao menos), como Konrad Weib, autor de o Cristão Epimeteus, enterrado em Munique com cujo trecho ele encerra um dos capítulos de que o aprisionamento da alma leva ao mundo.

A INTERPRETAÇÃO DECISIONISTA E A CONTRACONSTITUIÇÃO

Em termos *metodológicos*, verifica-se que Schmitt apresenta “*Três tipos de pensamento jurídico*”¹³: (i) o normativismo; (ii) o decisionismo; e (iii) um complexo entre o decisionismo e o normativismo.

Sobre o primeiro, descrito como a forma de raciocinar a partir de normas onde tudo está decidido previamente, o governo das leis e não dos homens, da razão como predominante contra a vontade, o estado de direito contra o estado de exceção. Schmitt critica o normativismo como forma abstrata e sem substância, por desconsiderar a vontade soberana, as decisões e ordem concreta das relações sociais e políticas.

A segunda, que surge após as suas refutações ao normativismo, coloca a decisão soberana como o fundamento da ordem jurídica concreta. Schmitt não admite esse decisionismo no cotidiano (ainda que se espreie), mas apenas na fundação da ordem concreta ou no estado de exceção, sendo estes os dois momentos de exercício do poder soberano,¹⁴ com forte influência de Maquiavel e Hobbes. Este último possui uma conhecida frase de que é a autoridade e não a verdade que faz a lei.

A terceira forma combina normativismo e decisionismo mostrando como a decisão reverbera nas instituições e na sociedade, inspirando-se declaradamente em Santi Romano, Hariou, Duguit e os institucionalistas. Neste ponto, interessante é ver como o pensamento institucional de hoje camufla as suas raízes autoritárias schmittianas e, ao mesmo tempo, como Schmitt constrói um meio-termo a partir de um espantinho do normativismo, recorrendo a sua versão menos sofisticada.

O decisionismo schmittiano, portanto, é a porta de entrada para a arbitrariedade.

13 SCHMITT, Carl. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

14 BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

A CONSTITUIÇÃO EM SENTIDO POLÍTICO, A CONTRACONSTITUIÇÃO E O CONTRACONSTITUCIONALISTA

Em termos teóricos, a obra mais orgânica de Carl Schmitt é “*Teoria da Constituição*”¹⁵ na qual aborda a Constituição o conhecido sentido político como a “decisão política fundamental”. A palavra decisão, portanto, não é uma escolha fortuita, mas o produto de um processo de reflexão que aposta num governo dos homens mais que das leis, em quem tem poder ou autoridade para decidir ao invés de no conjunto de normas.

Sintetizando, Schmitt destaca que há: (i) um sentido *absoluto*; e (ii) um sentido *relativo* para a Constituição. Em sentido absoluto, a Constituição seria o próprio jeito de ser do Estado e de uma época. Nesse ponto, Schmitt flerta com uma visão da Constituição tal qual era empregada na Antiguidade e Idade Média. Contextualiza, porém, que, na Modernidade, o termo é oriundo das revoluções burguesas com a intenção de representar a ascensão de uma nova classe dirigente política.

Em sentido relativo, a Constituição é a “decisão política fundamental” de uma Nação, ou seja, uma obra de um indivíduo ou grupo que é capaz que tomar o poder e decidir sobre a forma de estado, forma de governo, sistema de governo em um momento histórico específico e situado.

Schmitt diferencia, por isso, a Constituição da lei constitucional. A Constituição é a decisão política fundamental, todo ato normativo ou não que se refere, por exemplo, aos direitos fundamentais, à organização, exercício, competência e separação dos poderes. As leis constitucionais, por sua vez, são as demais normas presentes em uma Constituição que não se referem necessariamente à decisão política fundamental.

Carl Schmitt apresenta, em “*Legalidade e legitimidade*”, as ferramentas de desmonte do Estado de Direito as quais

15 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

esperamos combater por meio do que ele mesmo denominou de “contraconstituição”¹⁶.

Em primeiro lugar, o Estado de Direito é descrito como Estado Legislativo e este como uma “corporação legiferante”. O Estado Jurisdicional é descrito como conservador do *status quo*. O Estado Administrativo como aquele que apresenta a decisão de modo concreto e com a possibilidade de até decidir em última instância.

Em segundo lugar, defende que há uma segunda Constituição dentro da Constituição de Weimar de 1919, a qual ele denominou de “Contraconstituição”. Nessa, a legitimidade não decorre da legalidade, oriunda das maiorias matemáticas ou do processo legislativo do Parlamento.

Em terceiro, reconhece a existência de outros três legisladores extraordinários nos quais Schmitt vai buscar a sua legitimidade: (i) legislador extraordinário *ratione materiae*, que dispõe das normas constitucionais materiais; (ii) legislador extraordinário *ratione supremitatis*, na qual o povo toma a decisão diretamente; e (iii) legislador extraordinário *ratione temporis ac situationis*, no qual o legislador é um “comissário da ação” (vide conceito de ditadura comissária anteriormente abordado) e de medidas legislativas em situações anormais¹⁷.

Sob tais fundamentos, ele justifica, expande e desmonta as premissas do artigo 48, que permite o Presidente do Reich tomar medidas excepcionais, como a suspensão excepcional de direitos fundamentais, para manutenção da ordem e segurança. Afirma expressamente a partir daí a superioridade que esse legislador da situação extraordinária. Por fim, destaca nessa segunda Constituição (ou “Contraconstituição”) a existência de competências ditatoriais

16 SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83: “Se determinadas organizações e algumas competências não forem ‘à prova de ditadura’, toda garantia constitucional de natureza jurídico-material somente poderá ser ‘à prova de ditadura’ se as garantias jurídico-materiais forem realmente consideradas isenções e privilégios e se a segunda parte já contiver uma segunda Constituição, ou melhor, uma Contraconstituição. Não obstante, seria então também necessário tirar as conclusões em relação aos limites da emenda constitucional consoante o artigo 76, mas a perspectiva dominante ainda está muito distante disso.”

17 SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 39 e ss

contra as quais não existe na primeira Constituição, como competências “à prova de ditadura”.

Sob estes motivos descritos no presente tópico que se defende Carl Schmitt enquanto um “contraconstitucionalista”, buscando apresentar aqui, neste manual, uma postura diametralmente oposta: um constitucionalismo voltado para a manutenção dos direitos humanos fundamentais, bem como da sua promoção e defesa dos valores democráticos a todo rigor.

POLÍTICA, PARLAMENTO E EXECUTIVO

Em termos *políticos*, é preciso, inicialmente, o seu “Conceito de político” no qual a política é definida como uma relação amiga inimigo para perceber como a sua definição é a antítese de teorização da Constituição pluralista e democrática. Contextualizando Schmitt e sua teoria, devemos ter em mente que:

(i) As pessoas no mundo dele se dividem entre amigos e inimigos. Isso é muito simplista. Há o fogo amigo. Há concorrentes que são adversários honestos. Há relações que mudam;

(ii) A neutralização e despolitização da vida como técnicas para um maior pluralismo depara-se, em uma clara contraposição à Max weber, com o seu decisionismo, no qual é a política que domina sociedade, economia, direito e Estado. Não há um fator que sozinho possa ser o protagonista da nossa máquina de mundo;

(iii) O Estado é idealizado como uma unidade que homogeneiza as pessoas e, estando acima delas, torna as relações possíveis. Com todos os problemas, há um pluriverso dentro do Estado e não apenas fora, como ele pretende; e

(iv) Até humanidade é criticada por colocar todo mundo no mesmo balaio e não permitir antagonismos entre amigos-inimigos.

Ainda em termos políticos, Schmitt criticou sistematicamente o Parlamento por estar tomado por elites políticas que não representavam a vontade popular. Optou, em sua teoria, por legitimar as decisões do líder político ou do seu grupo como guardião da Constituição e verdadeiro representante do povo. Adotou uma visão romântica e antiliberal. E justamente por atribuir a defesa e guarda da Constituição

ao Chefe do Executivo, acabou por, no mínimo, criar o arcabouço teórico que legitimou a figura do *Führer* do Nazismo, cujos decretos retalharam a Constituição de Weimar de 1919.

Em suas críticas ao Parlamento, principalmente em seu livro “*Sobre o parlamentarismo*”, encontramos parte das razões de considerarem-no como o “coveiro do liberalismo”.¹⁸ Schmitt ataca o parlamentarismo e a democracia liberal com todas as suas forças no período de crise e hiperinflação que assolava a República de Weimar. Talvez fosse possível, com uma certa liberdade teórica, conceber este livro como uma espécie de manifesto dos nazistas.

Em primeiro lugar, ele ataca as instituições: os discursos parlamentares como péssimos oradores, os partidos como incitadores de um “governo de aficionados”, o Parlamento como um governo de discussão inútil e abstrata. Em segundo lugar, ataca os princípios que sustentam o modelo: a publicidade como insuficiente contra as negociatas, a separação de poderes apoiada em uma fé e num racionalismo vão e, por fim, o próprio parlamentarismo por se dizer democrático quando a rigor é liberal no qual o Legislativo serve a burguesia. Em terceiro, chega a dizer que a democracia não é o contrário da ditadura, porque a identidade seria o fundamento da democracia entre o povo o líder ou Presidente, pairando acima do parlamento. Em quarto, ao criticar a democracia liberal, faz questão de encerrar a obra distanciando-se dos marxistas e dos socialistas ao entender que a dicotomia proletários-burgueses como incompleta para compreensão da política e, ainda, enfatizando os elementos de uma ditadura do proletariado em suas propostas.

Concluiu em um apêndice sobre a dissolução do *Reichstag* em 1926, com uma conveniente postura formalista com o art. 28 da Constituição de Weimar de 1919¹⁹. Dispositivo esse que, nos anos seguintes, propiciaria o aumento das cadeiras do partido nazista e a chegada de Hitler a chanceler em 1933. As lições que ficam dessa crise e dessa crítica é que precisamos ter melhores discursos, partidos,

18 FRANKENBERG, Günter. A gramática da constituição e do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 316.

19 PREUS, Ulrich K. Carl Schmitt and the Weimar Constitution In: JENS MEIERHENRICH e OLIVER SIMONS (Orgs.) The Oxford Handbook of Carl Schmitt. Columbia University Oxford University Press 2016, p. 471 e ss

parlamentares, debates e uma educação constitucional que não dobre a Constituição às ditaduras e aos ditadores, mesmo aqueles velados.

O ESTADO DE EXCEÇÃO, DITADURA E O “GUARDIÃO” DA CONSTITUIÇÃO

Em seus estudos sobre o Estado de Exceção e a Ditadura tornaram-se muito importantes para entender a crise da República de Weimar. Schmitt elabora duas espécies: a ditadura comissária e a ditadura soberana. Com um pouco menos de rigor, é possível dizer que ele apresentou uma espécie de diferença entre a ditadura dos antigos e a dos modernos. A ditadura comissária possui um poder de suspender as regras jurídicas. Nela, o Comissário difere do oficial/ agente público regular investido, encarregado de forma permanente e limitada pelo decreto ou legislação. O Comissário é uma pessoa pública a cargo de um extraordinário múnus público, limitado apenas por uma Comissão que é responsável pelo dever precário de enfrentar a situação extraordinária no tempo e espaço com discricionariedade do seu próprio julgamento. A ditadura soberana, por sua vez, envolve a consolidação da ditadura comissária com a transferência da autoridade e da decisão também para a arena legislativa ao comissário.

Na prova de aula no concurso para professor adjunto de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, em 2017, no qual fui aprovado em primeiro lugar, apresentei uma classificação autoral do Estado de Exceção, relacionando-o com os Estados de Defesa e Sítio a partir do direito comparado e analisando criticamente o pensamento de Carl Schmitt. Seriam três categorias de Estado de Exceção:

(i) *constitucionalmente não regulado*, quando não há na Constituição norma específica, como por exemplo, nos EUA com o Patriotic Act;

(ii) *constitucionalmente regulado*, quando a Constituição disciplina especificamente e apresenta garantias contra o arbítrio, como nos casos do Estado de Defesa (art. 136) e Estado de Sítio (art.137); e

(iii) *parcialmente regulado*, quando há previsões genéricas, mas as garantias contra o arbítrio são frouxas, como na Alemanha, sob a Constituição de Weimar de 1919 e seu art. 48.

O pensamento de Schmitt é perigoso, entre outros aspectos, por essa regulação parcial do Estado de Exceção na qual, (i) o Judiciário não seria o *Guardião da Constituição* por estar excluído das decisões políticas e ser formalista e incapaz de proteger a ordem jurídica concreta; (ii) O Legislativo não seria o guardião por lhe faltar unidade e estar cooptado por uma burguesia que representa apenas os próprios interesses; (iii) O Presidente do Reich seria o verdadeiro Guardião da Constituição, responsável por decidir no Estado de Estado de exceção, não só de caráter militar-policial, mas também econômico-financeiro, tanto é que poderia legislar em matéria tributária.

O fundamento é que, para Schmitt, o Poder Executivo seria um Poder neutro, intermediário e preservador ou Guardião da Constituição²⁰, por ter o poder de decidir no estado de Exceção²¹. Neutro, porque, de um lado, o funcionalismo seria técnico e, de outro, o Presidente estaria acima da política partidária e representaria a unidade do Povo Alemão. Intermediário, porque o governo é meio de influência e controle do Parlamento. Preservador, porque possuiria uma posição de resistência contra a destruição da Constituição. A crítica evidente é que o Presidente não é neutro. Não se pode dispensar o controle dos demais Poderes. Não se pode confiar cegamente no Executivo que não raro sabota o Estado de direito, ao invés de guardar a Constituição.

Mas, como impedir que exceção se torne uma ditadura? O que é uma ditadura? Segundo Carl Schmitt, é o exercício do poder do Estado livre de qualquer restrição legal com o propósito de resolver uma situação anormal. A situação normal a ser resgatada e a suspensão das barreiras legais pela anormalidade são elementos decisivos que emergem do conceito de ditadura. Schmitt elabora duas espécies: a ditadura comissária e a ditadura soberana. Com

20 Há um conhecido debate e divergência com Hans Kelsen que atribui a um Tribunal este papel. Sobre o debate cf. PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931 In: JENS MEIERHENRICH e OLIVER SIMONS (Orgs.) The Oxford Handbook of Carl Schmitt. Columbia University Oxford University Press 2016, p. 510 e ss

21 SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Belo Horizonte: Delrey, 2007, p. 193 e ss

um pouco menos de rigor, é possível dizer que ele apresentou uma espécie de diferença entre a ditadura dos antigos e a dos modernos. Essa é uma simplificação porque alguns autores modernos, como Jean Bodin, só admitem a primeira.

A ditadura comissária possui um poder de suspender as regras jurídicas. Nela, o Comissário difere do oficial/agente público regular investido, encarregado de forma permanente e limitada pelo decreto ou legislação. O Comissário é uma pessoa pública a cargo de um extraordinário múnus público, limitado apenas por uma Comissão que é responsável pelo dever precário de enfrentar a situação extraordinária no tempo e espaço com discricionariedade do seu próprio julgamento. Os ditadores dos tempos de Roma, o Papa no Medievo ao nomear encarregados do conflito, Maquiavel ao abordar as razões de Estado ou Jean Bodin ao tratar da gestão das situações excepcionais no livro da República, todos lidavam com o fenômeno da ditadura comissária.

A ditadura soberana, por sua vez, envolve a consolidação da ditadura comissária com a transferência da autoridade e da decisão também para a arena legislativa ao comissário. Luís XIII e XIV na França, Oliver Cromwell na Inglaterra e os príncipes alemães depois da guerra dos 30 anos procuraram exercer poder ilimitado supostamente para restaurar a ordem. Locke falará de um poder de prerrogativa real, Montesquieu de uma ausência de limitação do poder pelo poder e Rousseau de um governo onde a vontade geral ultrapassa os corpos intermediários e comanda com autoridade. A plenitude do poder, exercido aqui pela ditadura soberana, assemelha-se à soberania dos monarcas. O poder do ditador de criar uma ordem legislativa e constitucional é o que transforma a ditadura comissária em soberana.

Nesse ponto, a teoria do Poder Constituinte de Sieyès é distorcida, deixando de ser meramente ilimitada pela ordem jurídica existente, como um poder arbitrário que provê a fundação da Constituição. Esquece/ignora ou omite a limitação no direito natural admitida por Sieyès. Chama o Poder Constituinte daquele que organiza o “inorganizável”. Em seguida, Schmitt passa a exemplificar com experiências concretas na França e, em seguida, na Alemanha. Na França, surge o exemplo da Constituição de 1793 que não produz efeitos pela suspensão de guerra pela suspensão revolucionária da

ditadura soberana, distinta do absolutismo, despotismo ou tirania. Há estado de exceção governado pelo Comitê de saúde pública, dominado por Robespierre nos 3 meses que antecederam a execução de Danton.

Depois, abordará as cortes marciais e a Constituição de 1815 com os dispositivos de Napoleão do estado de sítio na fase após revolucionária burguesa e, ainda, a Constituição de 1832 e outros dispositivos sobre o estado de sítio como manifestações dessa ditadura soberana contrarrevolucionária que procura derrotar a burguesia e restaurar a ordem real. Na Alemanha, Schmitt analisa detalhadamente o art. 48 da Constituição de Weimar de 1919²². Equipara a esses dispositivos da Constituições francesas do estado de exceção. Interpreta o poder do Presidente como o comissário responsável por defender e decidir no Estado de exceção autorizado por este dispositivo. Diminui os limites e a alarga as possibilidades de ação e suspensão de direitos e garantias, justamente ao definir suspensão como ausência de normas e limites.

Algumas críticas devem ser realizadas para impedir que a exceção se torne uma ditadura comissária ou soberana. Em primeiro lugar, não importa o quão desesperador seja a exceção, o Poder Constituinte e constituído não pode ser concebido como arbitrário. Isso pode parecer algo banal, mas há autores na teoria constitucional brasileira que chegam, influenciados por uma leitura acrítica de Schmitt, a entender que a outorga pode ser ato do poder constituinte originário.²³

Em segundo lugar, o poder de decisão do Presidente deve se guiar pela retomada da normalidade na proteção dos direitos fundamentais e da organização do Estado e dos Poderes da Constituição. Do contrário, os supostos comissários, responsáveis por proteger uma ordem jurídica concreta, tendem a converter em minitadores.

Por fim, o “decisionismo” não pode servir de instrumento contra a paz, segurança, liberdade, propriedade, vida, saúde, trabalho e educação. O decisionismo não pode ser o pretexto para o Poder

22 SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 14 e ss

23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146 e ss.

Executivo se recusar a dialogar ou procurar usurpar competências legislativas e judiciais. A exceção deve ser contingente e debelada e não permanente e mantida por quem quer que seja. Os direitos fundamentais e a separação dos poderes devem ser mantidos. Sem isso, não há Constituição.

A visão crítica da obra aponta que Schmitt exacerbou a dimensão política em detrimento da jurídica, abrindo o espaço para legitimar arbitrariedades do governo nazista contra a Constituição e os direitos fundamentais do povo e das minorias, como os judeus. Um único homem, ou poder, ser o encarregado da defesa e guarda da Constituição revelou-se um erro histórico e algo extremamente perigoso para proteção das minorias, como as atrocidades cometidas sob a proteção jurídica do Estado de Exceção, em que diversos decretos reformaram a Constituição, não se encontrando claramente definidos os limites ao poder de reforma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas críticas devem ser realizadas para impedir que a lógica da exceção se infiltre nos alicerces do Estado Democrático de Direito e corroa os seus fundamentos constitucionais. Em primeiro lugar, não importa o quão desesperador seja a exceção, o Poder Constituinte e constituído não pode ser concebido como arbitrário.

Isso pode parecer algo simples, mas, em um cenário em que há autores na teoria constitucional brasileira que admite equivocadamente a outorga pode ser ato do poder constituinte originário, volta ao básico é revolucionário. Desfazer a distorção schmittiana da teoria de Sieyès é fundamental. A crítica chama atenção para o fato de que um ato que não emane do povo, como a outorga, não é manifestação do poder constituinte originário e muito menos ilimitado, já que considera que, mesmo Sieyès, destaca que há limites ao poder constituinte originário nos “direitos naturais”²⁴.

Não ignoramos que há uma perspectiva oriunda de uma esquerda democrática que procura reler e filtrar o pensamento de Carl Schmitt. Partindo de uma noção de uma ordem jurídica concreta, e não

24 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte burguesa: Qu'est-ce ue le Tiers État? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. Comentando nesse sentido

de uma ordem normativa liberal por compreendê-la como romântica e burguesa, afirmam a necessidade de pensar a transformação da sociedade e das instituições a partir de uma política adversarial e democracia agonística, que admite um conflito compatível com o Estado de Direito²⁵.

Ainda assim essa leitura, parece arriscada e inadequada ao momento histórico atual de crise da democracia, porque, nas entrelinhas no pensamento schmittiano se infiltra o gérmen do autoritarismo que pode ameaçar a democracia constitucional.

Por fim, uma observação extemporânea jocosa do ponto de vista que observamos essa teoria constitucional autoritária hoje. Nem mesmo um ideólogo desprezível do nazismo como Schmitt poderia prever que “liberais” – se é que podem ser chamados assim – no Brasil de hoje não deixariam a lógica atrapalhar o raciocínio para permitir uma fórmula de “direitos humanos para humanos direitos”.

Nem mesmo um nazista pensou que alguém numa humanidade parcial. Apesar disso, ou talvez por isso, é necessário e urgente pensar para além moldes políticos pensados por Carl Schmitt que é um inimigo da Constituição pluralista e democrática. É preciso pensar uma teoria constitucional que defenda “*mais direitos para mais humanos*”.

Todo poder de decisão do Presidente deve emanar do povo e, portanto, sua atuação deve se guiar pela retomada e preservação da normalidade na proteção dos direitos humanos fundamentais e de uma profunda lógica dialógica tanto com o povo, quanto com os Poderes do Estado e entes federativos. Do contrário, os supostos comissários, responsáveis por proteger uma ordem jurídica concreta, tendem a converter em monológicos autocratas e minitadores que representam o povo apenas para si mesmos.

25 MOUFFE, Chantal. Introdução. MOUFFE, Chantal. El des afio de Carl Schmitt. Buenos Aires: Prometo livros, 2011, p.61 e ss. Entre nós, cf. CAPECCHI NUNES, Daniel.. Poder Constituinte em Movimento: a relação entre povo e Constituição no pensamento de Carl Schmitt. In: IV Semana Discente do IESP, 2018, Rio de Janeiro. Anais da IV Semana Discente do IESP, 2018. p. 310.

CAPÍTULO 9

USO DE CLOROQUINA: ANÁLISE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Giovana de Oliveira Fistarol

Orcid 0000-0002-4259-6565

Alexandre de Oliveira Fistarol

Orcid 0000-0003-4458-9032

INTRODUÇÃO

Em 20 de maio de 2020 O Ministério da Saúde (MS) liberou uma publicação na qual orientava a prescrição de cloroquina e seus derivados para pacientes com COVID-19. A orientação foi feita considerando que cabe ao MS acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitando as competências estaduais e municipais, nos termos da Constituição Federal e da Lei nº 8080/90. O MS também declara, na orientação, que “não existem até o momento evidências científicas robustas que possibilitem a indicação de terapia farmacológica específica para COVID-19” (BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). Por consequência, ante ausência de tratamentos disponíveis, entendeu por orientar o uso da cloroquina e seus derivados para pacientes com COVID-19.

O MS, em notas de tal orientação, ressalva também que não há estudos clínicos que comprovem o benefício inequívoco da cloroquina no tratamento do COVID-19, deixando, então, a critério do médico a prescrição, necessitando da vontade declarada do paciente para tanto. Ressalta, também, os casos em que a contraindicação ao uso de hidroxicloroquina é absoluta, *e.g.*, em casos de gravidez, retinopatia/maculopatia secundária, entre outros.

Essa orientação provocou reações contrárias imediatas. O Conselho Nacional de Saúde (CNS), dois dias após a publicação da orientação pelo MS, *i.e.*, no dia 22 de maio de 2020, publicou recomendação aconselhando a suspensão imediata de tais orientações

do MS. Tal recomendação foi feita no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei no 8.080/90, pela Lei no 8.142/90, pela Lei Complementar no 141/2012, pelo Decreto no 5.839/2006, e cumprindo as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988) e da legislação brasileira correlata.

Para publicar tal recomendação, o CNS levou em consideração:

... que o momento excepcional provocado pela pandemia desencadeada pelo vírus SARS-Cov-2, COVID-19, não pode significar que a racionalidade deva ser abandonada nem que a população deva ser exposta a condições de maior vulnerabilidade;

... a publicação das orientações do Ministério da Saúde, que não se baseia em evidências científicas, relaciona referências de estudos já criticados pela comunidade científica e não cita estudos e artigos atuais;

... o descumprimento da legislação do SUS, em razão da ausência de alteração do registro da cloroquina/hidroxicloroquina junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), no que diz respeito ao uso off label desses medicamentos (Lei nº 6.360/1976 e a lei nº 8.080/1990) e também da ausência de evidências científicas necessárias ao embasamento da adoção de medidas de combate ao novo coronavírus (Lei nº 13.979/2020);

...que não foi observado o processo determinado pela Lei nº 8.080/1990 no que tange à necessidade de análise e elaboração de diretrizes terapêuticas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC);

Considerando a necessidade inequívoca de evidência científica até mesmo para o uso compassivo (por compaixão) de qualquer medicamento, conforme previsto na Resolução RDC 38/2013 da Anvisa.

Ao final, solicita ao Ministério Público as devidas providências para que as orientações do MS sejam suspensas.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 707), argumentando que o documento do MS não seria suficiente para desincumbir o poder público do dever de garantia à saúde, conforme preceitua o artigo 196 da CF. Além disso, alega que o direito à saúde da população fica em risco devido a possíveis agravamentos de efeitos colaterais com o uso de cloroquina para o tratamento de COVID-19. Assim, além de não cumprir seu dever de efetivar o direito fundamental à saúde, a orientação ainda estaria indo contra o princípio da legalidade e da eficiência.

Tendo isso em vista, surge uma problemática quando, diante de situações excepcionais, como é o caso da pandemia do COVID-19, deixa-se de seguir normativas pré-estabelecidas, que visam garantir a saúde populacional, com o fim de obter uma solução imediatista para o problema. Portanto, nesse artigo, será analisado o possível descumprimento de normas legais e constitucionais por essa orientação do MS. Além disso, será discutida a pertinência da aplicação dessa resolução em face dos direitos fundamentais à saúde, à liberdade e à autonomia privada.

NORMATIZAÇÕES REFERENTES AO TEMA

RDC 38/2013 ANVISA ALTERADA PELA RDC 311/2019

Esta resolução da ANVISA traz normas que regulamentam os programas de uso compassivo (autorização que deve ser solicitada à ANVISA para fornecer medicamentos promissores, ainda sem registro), acesso expandido (visa incluir pacientes que não tiveram acesso pelo programa de uso compassivo, no ensaio clínico autorizado pela ANVISA) e fornecimento de medicamentos pós-estudo (garantia de que a indústria forneça, gratuitamente, medicamentos aos voluntários dos estudos dos programas de uso compassivo e acesso expandido). Ela se refere, de forma geral, a medicamentos ainda em teste, sem registro e, por isso, não disponíveis no mercado e a inclusão de pessoas nos testes finais desses remédios.

Entretanto, a RDC 38 estabelece vários requisitos que devem ser preenchidos para o uso desses medicamentos. Por exemplo, deverá ser feito um comunicado específico à ANVISA solicitando o acesso expandido e uso compassivo (art. 2º, I); as solicitações deverão ser analisadas segundo a gravidade e estágio da doença, a ausência de alternativa terapêutica satisfatória e a avaliação da relação risco/benefício do uso do medicamento (art. 5º, I, II, IV).

Além disso, no seu art. 14, a RDC 38 especifica que:

Art. 14. O medicamento disponibilizado deverá apresentar evidência científica para a indicação solicitada ou estar em qualquer fase de desenvolvimento clínico, desde que os dados iniciais observados sejam promissores e que se comprove a gravidade da doença e a ausência de tratamentos disponíveis.

Enquanto a RDC trata de medicamentos ainda em teste e a inclusão de pacientes nesses ensaios, a orientação do MS indica o uso de um medicamento já comercializado e autorizado, entretanto, não autorizado para o fim a que a orientação está se propondo. Além disso, a RDC faria uso dos medicamentos em testes/estudos científicos, enquanto a orientação do MS já aconselha o uso clínico.

Apesar da regulamentação da ANVISA não se enquadrar exatamente no que propõe a orientação do MS, se para a utilização de medicamentos ainda em fase de estudos/ensaios clínicos é necessário o cumprimento desses requisitos e outros mais, seria mais do que razoável a aplicação de tais requisitos para a liberação do uso off label de medicamentos (*i.e.*, que seriam liberados para fim não proposto na bula). Portanto a orientação do MS não preenche os requisitos da RDC 38 da ANVISA que, para liberar o tratamento compassivo e expandido exige que haja evidência científica para a indicação solicitada e que os dados iniciais sejam promissores, havendo maior benefício do que risco.

Os estudos sobre a eficácia da cloroquina para tratamento do COVID-19 são insatisfatórios. A maioria dos estudos que mostraram inibição do SARS-Cov 2 foram realizados *in vitro*, sendo que alguns deles ainda alertam que a cloroquina já foi proposta diversas vezes para o tratamento de viroses agudas sem sucesso (Touret e Lamballerie,

2020) e que as propriedades anti-interferon (interferon é uma proteína que interfere na divisão de vírus, microorganismos e células tumorais) dessas moléculas podem ser prejudiciais às respostas imunológicas contra o vírus (Gies *et al.*, 2020). Na verdade, os estudos científicos existentes até o momento parecem indicar que não há um benefício comprovado. Pelo contrário, indicam evidências de aumento de efeitos colaterais, indicando que o risco é maior que os benefícios (e.g., Ferner e Aronson, 2020; Cortegiani *et al.*, 2020; Mehra *et al.*, 2020). Em um estudo limitado feito com 81 pacientes, Borba *et al.* (2020) observaram que altas doses de difosfato de cloroquina por 10 dias foi associado com maiores efeitos tóxicos e letalidade.

Os requisitos da ANVISA, não só para o registro de medicamentos, mas para seu uso nos programas acima mencionados, além de visar à segurança das pessoas, servem para evitar a exploração de pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em julgamento recente da ADI 5501, o STF declarou a inconstitucionalidade da L. 13.269/2016 que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para tratamento do câncer. O uso da substância nunca passou pela aprovação da ANVISA e a permissão do uso teria caráter compassivo. Apesar de ter havido controvérsia na decisão (alguns ministros sustentavam que o uso da substância está inserido no âmbito da autonomia privada – tópico que discutiremos mais adiante), a posição majoritária argumentou que não é papel do Congresso autorizar o uso de medicamentos de forma abstrata e genérica e que, segundo o relator, o Min. Marco Aurélio: “A esperança que a sociedade deposita nos medicamentos, sobretudo aqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência”.

LEI 6.360/76

Esta lei dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, além de outros produtos farmacêuticos e cosméticos. Ela especificamente dispõe, no seu art. 16, que para o registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos, entre outros, além do atendimento de exigências próprias, é necessário cumprir todos

os requisitos estipulados nos incisos do referido artigo, sendo que, dentre eles, destaca-se o inciso II, que estabelece:

II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias.

Ou seja, produtos que atingiram os requisitos necessários para registro e uso pela ANVISA deveriam ter comprovação científica específica e, ainda, seriam liberados para o uso a que se propuseram e que tiveram sua eficácia comprovada por esses estudos. Entretanto, o próprio MS traz em sua portaria que não há ainda estudos comprovando a eficácia da Cloroquina para tratamento do COVID-19, deixando a critério (responsabilidade) do médico a prescrição para tal tratamento, mediante autorização do paciente.

Logo, fica claro que tal orientação do MS vai contra a legislação que regulamenta o uso e liberação de medicamentos. Mesmo se tal orientação do MS for analisada em relação ao fato de que não há, atualmente, tratamento disponível para o COVID-19, o que justificaria o uso de medicamento alternativo, voltaríamos a aplicação por analogia da RDC 38, no seu art. 5º, IV, que diz que, mesmo nesse caso, deve ser feita a avaliação da relação risco-benefício do uso do medicamento, o que, como colocamos acima, parece pender para um risco maior do que o benefício.

LEI 8.808/76

A Lei 8.808, seguindo a mesma linha da Lei 6.360, estabelece que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, são atribuições do Ministério da Saúde (art. 19-Q). Entretanto, nessas atribuições, o MS é assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias, que deve elaborar relatório, e nesse relatório levará em consideração, necessariamente, as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo (inciso I, §2º, do art. 19-Q).

Mais uma vez, esse dispositivo vem ratificar que o uso de medicamentos só deve ser autorizado após a comprovação científica de sua eficácia para o uso ao qual está se propondo.

O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA – RESOLUÇÃO CFM 2217/201

De acordo com o Código de Ética Médica (CEM), no seu Capítulo II, inciso II, “é direito do médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente”. Seguindo, o artigo 32 do código diz que é vedado ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e ao seu alcance, em favor do paciente”. O artigo 32, ao mesmo tempo que exige do médico um alto grau de diligência, usando todos os meios disponíveis para promover a saúde do paciente, preceitua, em consonância com o Capítulo II, que isso deve ser feito através de todos os meios cientificamente reconhecidos.

A orientação do MS, como o próprio nome traz, é uma orientação, que não obriga o médico a segui-la. O CEM traz no Capítulo I seus Princípios Fundamentais, estabelecendo no inciso XVI que

“nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento”.

Ou seja, o CEM estabelece que o médico exercerá sua profissão com autonomia, baseando-se em conhecimento científico.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUIÇÃO E DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, ou seja, a assistência médico-hospitalar e a medicamentos é um direito fundamental constitucionalmente garantido (artigo 5º, caput, artigos 6º e 196). Sendo este um direito de segunda geração, *i.e.*, um direito objetivo que visa promover a igualdade material, eles demandam intervenção, uma conduta positiva

do Estado para sua concretização e busca do bem-estar social. Ou seja, é um dever do Estado garantir a assistência à saúde a todos os cidadãos (da Silva, 2006).

Por consequência, temos que um dos princípios que regem os direitos fundamentais é o da efetividade: o poder público deve atuar para promover a efetivação desses direitos de forma menos onerosa e com melhor resultado. Para garantir tal efetividade, a Constituição atribuiu competência comum à União, Estados, Distrito Federal (art. 23, II, CRFB) e aos municípios (art. 30, VII, CRFB) cuidar da saúde e assistência pública. Nesse sentido, de que é uma imposição dada ao Estado garantir e implementar políticas públicas que garantam os direitos fundamentais, dispõe o julgamento do RE 559.656 AgR, que trata sobre o direito à segurança, mas é aplicável também a saúde, já que ambos são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente pelo art. 6º:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. (RE 559.646 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 24-6- 2011.)

Diante desse quadro, esperam-se do Executivo atitudes para controlar, combater e administrar a situação de pandemia causada pelo COVID-19. Entretanto, ele deve fazer isso respeitando a legislação infraconstitucional, desde que essa não atente contra a Constituição.

Como analisado anteriormente, a orientação emitida pelo MS não coaduna com vários preceitos normativos infraconstitucionais. Apesar de necessária a ação do governo, esta ação não observou esses preceitos, além de que não teve embasamento científico que a justificasse.

Além de estar em desacordo com preceitos legais, na ADPF 707 ajuizada pelo CNTS, alega-se que a orientação também viola preceitos constitucionais: a orientação ao uso de um medicamento sem eficácia comprovada e com possíveis agravamentos de efeitos colaterais, não seria suficiente para desincumbir o poder público do dever de garantir a saúde (art. 196 da CRFB). Além disso, poderia estar colocando a saúde da população em risco, indo contra o princípio da legalidade e eficiência (artigo 37, CRFB). O fundamento de que o uso de medicamentos sem registro na ANVISA constitui risco à saúde pública foi usado na decisão do julgamento do Recurso Extraordinário 657.718, que afirma que

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária por intermédios de decisões judiciais, pois o registro no órgão constitui proteção à saúde pública, garantindo a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país.”

Essa mesma linha seguiu a decisão da ADI 5501, supracitada, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 13.269/2016 que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para tratamento do câncer.

Entretanto, diante do impasse da falta de tratamento efetivo contra o COVID-19, há uma outra situação de fundo constitucional que deve ser analisada. Ao publicar a orientação, o MS o fez de forma a tornar o uso da cloroquina uma faculdade do médico, *i.e.*, ficará a critério deste o uso ou não do medicamento diante da análise do caso concreto. E deixou também a critério do paciente, visto que o medicamento só poderá ser usado com expressa autorização deste após ter sido devidamente orientado sobre os benefícios e riscos do seu uso. Ao realizar isso, a orientação visa afastar de si a responsabilidade sobre a decisão ou não sobre o uso da substância, ao mesmo tempo em que transfere esta responsabilidade para o médico e paciente.

Dessa forma, adentra-se na seara das liberdades individuais, *i.e.*, da autonomia privada, direito também constitucionalmente garantido. De um lado há a liberdade do médico em avaliar a eficácia e medir o risco/benefício do uso de cloroquina, presumivelmente feito com

bases científicas, direito esse garantido constitucionalmente e pelo Código de Ética Médica. E, de outro lado, o direito do paciente, diante da ausência de outros tratamentos disponíveis para uma doença que pode levar a morte, de decidir por qual tratamento quer adotar. Se ambas as partes concordam com o tratamento, seja o uso ou não da substância, teremos um acordo. Porém, se médico e paciente discordam do tratamento, tem-se um impasse.

Por esse motivo, o Conselho Federal de Medicina (CFM) se manifestou, através do parecer nº 4/2020. Neste parecer, o CFM não recomenda o uso de cloroquina, mas autoriza que o médico a prescreva, desde que seja respeitada a decisão compartilhada com o paciente. Para isso, não basta que o médico obtenha do paciente o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. É necessário que cumpra, de maneira efetiva, o dever de informar. É preciso deixar claro que se trata de um tratamento sem eficácia comprovada, bem como explicar sobre os possíveis efeitos colaterais, os riscos e os benefícios.

Isso leva ao entendimento que, diante de um impasse, prevaleceria a escolha do paciente. Nesse sentido, de que prevalece a vontade (liberdade de escolha) do paciente, vem se pronunciando os tribunais, vide os julgamentos: Processo 079.09.990814-1 TJ/MG/2010; AI 70032799041 TJ/RS, 2010; RE 979742 RG/2017; RE 1212272 RG/2020.

Diante do prevalecimento da vontade do paciente (liberdade de escolha), vê-se a possibilidade de pleitear a utilização de medicamentos ainda sem registro ou que, embora registrados, sejam prescritos de maneira alternativa às suas finalidades terapêuticas precípua (*i.e.*, uso *off label*). Em viés um pouco diferente dos outros julgamentos apresentados, a decisão do REsp 1.657.156, RJ/2017 decidiu que é obrigação do poder público fornecer medicamentos para situações não previstas na bula registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Porém essas seriam condições extraordinárias que necessitariam o preenchimento de três requisitos: a) laudo médico que comprove a necessidade do produto assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente; e c) registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Indo um passo além nesta análise, assumindo que o paciente, ao assumir o risco de usar uma medicação sem eficácia comprovada poderia estar, dessa forma, colocando sua própria vida em risco, pode-se argumentar que haveria uma colisão entre o direito à vida e à liberdade. Entretanto, como nos ensina Alexy (2007),

As colisões de direitos fundamentais, em sentido estrito, nascem quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares.

Ou seja, não há, na verdade, colisão de direitos quando esses direitos dizem respeito a só uma e a própria pessoa. Neste caso ela tem o direito de decidir qual direito prevalece. Assim esclarece Monteiro (2013):

Considerando os direitos da personalidade com iguais, cuja hierarquização não pode se dar de forma heterônoma, aponta-se a possibilidade do titular priorizar um direito seu sobre outro, tendo em vista que o conceito de pessoa humana deve ser entendido pela junção entre autonomia, alteridade e dignidade.

Nesse sentido se deu decisão do TJ/RS (AI 70032799041 TJ/RS, 2010), conforme cita Monteiro (2013), de que o estado não tem o direito “de salvar a pessoa dela própria quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros”.

Portanto, segundo os fundamentos constitucionais, temos que, por um lado a orientação do MS não cumpre os preceitos constitucionais de garantir o direito fundamental a uma assistência à saúde adequada. Por outro, entretanto, temos decisões das cortes onde tende a prevalecer o direito à liberdade de escolha da pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da discussão aqui apresentada sobre a violação ou não de atos normativos e da Constituição pela orientação publicada pelo MS no dia 20 de maio de 2020, foi possível observar que houve sim violação de normas legais. Também podemos dizer que a orientação não cumpre com as obrigações constitucionalmente

dispostas que estabelecem a obrigação do Estado garantir uma saúde pública adequada. A orientação para o uso de medicamento para fim diverso do prescrito na bula (*off label*), sem estudos que indiquem consistentemente o benefício desse tratamento, não segue as determinações da RDC 38/2013 ANVISA que regula o uso de medicamentos sem registro. Dessa forma pode colocar a população em risco e não cumpre o dever de efetivar o direito fundamental à saúde, além de ir contra o princípio da legalidade e eficiência.

Portanto, segundo a legislação vigente e estudos científicos disponíveis até o momento, que não comprovam os benefícios da cloroquina e seus derivados para o tratamento do COVID-19, a orientação do MS não tem embasamento legal nem científico. Segundo o próprio CNS preceitua, na sua recomendação liberada logo após a orientação do MS, a excepcionalidade do momento, provocada pela pandemia, não justifica o abandono da racionalidade, nem a exposição da população a riscos.

Entretanto, a Constituição também traz como direito fundamental à liberdade individual, sendo que várias decisões dos tribunais vêm considerando a prevalência desse direito quando se trata de questões médicas que versem apenas sobre direitos individuais. Assim, a Constituição traz a possibilidade dos indivíduos pleitearem o uso de medicamentos para fins diversos do indicado, mesmo que isso implique em risco à sua saúde. Há de se considerar a possibilidade de indivíduos pleitearem a utilização da cloroquina e a jurisprudência existente se encontra na linha de garantir a autonomia privada individual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. Constitucionalismo discursivo. Tradução Luís A. Heck. 3 ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2007. 168 p.

BORBA, M.G.S., et al. Effect of high vs low doses of chloroquine diphosphate as adjunctive therapy for patients hospitalized with severe acute respiratory syndrome Coronavirus 2 (SARS-COV-2) infection – a randomized clinical trial. JAMA Network Open, v. 3(4)e2088572020, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/doi:10.1001/jamanetworkopen.2020.8857>>.

BRASIL - MINISTÉRIO DA SAÚDE. Orientações do Ministério da Saúde para tratamento medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da COVID-19. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19-pdf>> (Acessado em 07/06/2021)

CORTEGIANI, A., et al. A systematic review on the efficacy and safety of chloroquine/hydroxychloroquine for COVID-19. J. Crit. Care v. 11 n. 59, p. 176-190, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/doi: 10.1016/j.jcrc.2020.06.019>>

da SILVA, F.M.A. (2006) Direitos Fundamentais. <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> (Acessado em 20/09/2020).

de ASSIS, L.T.C. As testemunhas de Jeová e a recusa de transfusão de sangue: como o estado interfere na ação afirmativa de um direito de personalidade. In: Direito e Pessoa - estudos em homenagem a professora Elena de Carvalho Gomes. Coordenação: Coelho, N.M.M.S e Mello, C.M. Juiz de Fora; Editar Editora Associada Ltda, 2013. p. 101.

FERNER, R.E., ARONSON, J.K. Chloroquine and Hydroxychloroquine in covid-19. BJM v. 369:01432, 2020.

GIES, V., et al. Beyond anti-viral effects of chloroquine/hydroxychloroquine. Front. Immunol. 2020. Disponível em <<https://doi.org/10.3389/fimmu.2020.01409>>

MEHRA, M.R., DESAI, S.S., RUSCHITZKA, F. Retracted: hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. The Lancet. 2020. Disponível em <[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31180-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31180-6)>

MONTEIRO, S.L.M. Permissão da eutanásia como forma de se garantir a dignidade da pessoa humana. In: Direito e Pessoa - estudos em homenagem a professora Elena de Carvalho Gomes. Coordenação: Coelho, N.M.M.S e Mello, C.M. Juiz de Fora; Editar Editora Associada Ltda, 2013. p. 229.

TOURET, F., LAMBALLERIE, X. Of chloroquine and COVID-19. Antiviral Research, v. 177, 2020 doi:<https://doi.org/10.1016/j.antiviral.2020.104762>

SOBRE OS ORGANIZADORES

THIAGO GUERREIRO BASTOS

Professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA). Formado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), Doutor em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Atua como pesquisador no Núcleo Interamericano de Direitos Humanos – NIDH (UFRJ) e Núcleo de Direito e Novas Tecnologias (UNICARIOCA). Atuação voltada para o direito público, especialmente, direito constitucional e administrativo. Foi professor substituto em Direito Constitucional e Administrativo na Universidade Federal do Rio de Janeiro e atuou como residente jurídico no Programa Profissional de Treinamento em Direito na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PGUERJ).

<https://orcid.org/0000-0002-4070-610X>

E-mail: Thiagoguerreirobastos@gmail.com

ALESSANDRA DALE GIACOMIN TERRA

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Advogada e Professora Universitária. Membro do *International Water Resources Association* (IWRA) e associada à Associação Brasileira de Direito da Energia e do Meio Ambiente (ABDEM). Possui pós-graduação em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e especialização em Prática Jurídica pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente é bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

<https://orcid.org/0000-0003-3311-121X>

E-mail: alessandraterra@id.uff.br

LILIAN CAZORLA DO ESPÍRITO SANTO NUNES

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA), onde também atua como Coordenadora Adjunta do curso de Direito. Advogada com atuação em Direito Público.

<https://orcid.org/0000-0001-5314-8672>

E-mail: liliancazorla@gmail.com

.....

SOBRE OS AUTORES

Alexandre de Oliveira Fistarol

Mestre em administração de empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade de Caxias do Sul, especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha, especialista em Processo Civil pela Escola da Magistratura Federal. Técnico em contabilidade. Professor do Curso de Direito e de diversos cursos de pós-graduação no Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado com mais de 20 anos de atuação.

ORCID: orcid.org/0000-0003-4458-9032

Celso Lopes Seu

Advogado, Especialista em Direito Empresarial, Mestre em Direito e Sociedade.

Diogo de Calasans Melo Andrade

Graduado em Direito pela UNIT (2002). Pós-graduado em Direito Civil pela UNIT (2005). Mestre em Direito, na área de concentração constitucionalização em direito, pela UFS (2014). Doutor em direito político e econômico pela Universidade Mackenzie (2018). Professor titular da graduação e do mestrado em direitos humanos do PPGD-UNIT.

ORCID: orcid.org/0000-0003-2779-9185

E-mail: contato@diogocalasans.com

Diogo Magalhães Moura Rodrigues

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes - Pós graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - Pós graduando em Direito Administrativo e Anticorrupção pela Faculdade CERS.

E-mail: diogomagalhaesmr@gmail.com

Giovana de Oliveira Fistarol

Doutora em Ecologia Aquática e graduanda do 9º período de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

ORCID: orcid.org/0000-0002-4259-6565

E-mail: giofsta@hotmail.com

João Alexandre de Souza Menegassi

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-Graduando em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado.

ORCID: orcid.org/0000-0001-6969-6702

E-mail: ja.s.menegassi@gmail.com

João Pedro de Oliveira Silva

Bel. em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Núcleo de Pesquisa Conflitos, Estados e Direitos Humanos (NP CEDH) e do Núcleo em Processo Constitucional e Direitos Fundamentais (NP PCDF). Advogado.

ORCID: orcid.org/0000-0002-1074-4463

E-mail: joaopo.silva@ucsal.edu.br

Siddharta Legale

Professor de Direito Constitucional da FND – UFRJ. Professor de Direitos Humanos do Mestrado em Direito Constitucional do PPGDC – UFF. Coordenador do Núcleo Interamericano de Direitos Humanos (NIDH). Advogado.

ORCID: orcid.org/0000-0002-7472-3469

E-mail: siddhartalegale@hotmail.com

Redes sociais: @siddhartalegale

Sílvia Tadeu de Campos

Advogado formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduando em Direito Administrativo pela FGV Direito SP. Certificado em Segurança da Informação e em *Privacy and Data Protection Practitioner* (PDPP), pela Exin. Certificado em Privacidade e Proteção de Dados pelo Insper, pela FIA e pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Advogado em São Paulo.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Ações Afirmativas 5, 114, 116-119, 122, 128

Administração Pública 56-57, 75, 77, 82, 88, 140-141

Agente Público 138, 141-144, 162, 164

Autodeclaração 11, 117-118, 122, 125-128, 132, 134-135

Autoidentificação 118, 120, 123-124, 126, 135

Autonomia Federativa 5, 9, 13

B

Banco Central 5, 10, 52-53, 56-58, 60-61, 65, 69-71

C

Carl Schmitt 153-155, 158, 160-163, 166-167

Cloroquina 6, 12, 168-173, 176-177, 179

Coronavírus 149, 169

Covid-19 5, 13, 15, 18, 22-23, 27, 29, 168-171, 173, 175-176, 179-180

Crimes Financeiros 11, 30, 150

D

Descentralização Política 13

Direitos Fundamentais 6, 9, 12, 18, 38, 48, 50, 81-82, 86-87, 89, 103-104, 114, 137-138, 158-159, 165-166, 168, 170, 174-175, 178, 180, 184

E

Estado Democrático De Direito 7, 12, 17, 151, 166

Estado Social 39-41, 47, 102

F

Federalismo 5, 9, 13-17, 20-24, 27, 31-32

H

Heteroidentificação 11, 117, 122, 124, 135

Hipossuficiência 11

I

Identidade 58, 117, 119-122, 135-136, 140, 161, 173

Igualdade Material 9, 117, 174,

L

Lgpd 74-76, 78-80, 88, 137-138, 140, 152

Livre Iniciativa 5, 9-10, 33-36, 40-47, 49-50, 54

M

Ministério Da Saúde 6, 12, 19, 22, 29, 168-169, 173, 180

O

Off Label 12, 169, 171, 177, 179

P

Poder Político 7-9, 15, 17-18, 21-23, 30-31, 63, 104

Poder Político Financeiro 15, 17, 30-31

Política De Cotas 11, 114, 123, 126-128

Política Pública 76-77, 81-82, 115-116, 119, 122, 128, 135

Proteção De Dados 5, 10-11, 73-82, 84-88, 137-138, 145-147, 149-152

R

Racismo 118, 124-125, 128

Risco Integral 5, 11, 137-138, 143-145, 149-150

S

Serviços Públicos Digitais 5, 10, 73
Sistema Democrático 5, 11, 89, 101
Sistema Financeiro Nacional 5, 10,
52-53, 55-57, 63, 66, 71
Supremo Tribunal Federal 17, 72, 89,
93-94, 98, 102, 111-113, 123

T

Teoria do Risco Administrativo 137,
143-144, 149
Tratamento de Dados Pessoais 5, 11,
74-77, 79, 82-83, 87-88, 137, 145-
146, 150



Hipótese Editora

Rio Bonito - Rio de Janeiro - Brasil

Telefone: +55 (21) 99758-5056

atendimento@editorahipoteses.com.br

www.editorahipoteses.com.br

DIREITO Público

Constituição, Estado e Instituições

Este livro se propõe a reunir reflexões sobre Direito Público, e as interfaces entre Constituição, Instituições e Estado. No contexto Direito Público brasileiro, é preciso entender nossos ciclos pretéritos e defender o atual momento constitucional, buscando a efetivação, sobretudo, dos objetivos da República por meio do ideal de uma sociedade livre, justa, e solidária, que promove o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, e que visa à diminuição das desigualdades, da pobreza e da marginalização.