

ISSN 2319-068X
Campo Grande/MS
dezembro/2023

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul



Edição nº 19

**REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
DE MATO GROSSO DO SUL
Escola Superior da Advocacia Pública**

Edição n. 19 - Campo Grande-MS, dezembro/2023

ISSN 2319-068X

Revista da PGE/MS	Campo Grande/MS	n. 19	p. 1-142	dez/2023
-------------------	-----------------	-------	----------	----------

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Escola Superior da Advocacia Pública

Avenida Desembargador José Nunes da Cunha, s/n
Parque dos Poderes, Bloco IV, 79031-310 - Campo Grande-MS
esap@pge.ms.gov.br

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Ana Carolina Ali Garcia

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONTENCIOSO

Márcio André Batista de Arruda

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DO ESTADO DO CONSULTIVO

Ivanildo Silva da Costa

CORREGEDORA-GERAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Fabíola Marquetti Sanches Rahim

DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA PÚBLICA

Ludmila dos Santos Russi

COMISSÃO EDITORIAL

Editora: Ludmila dos Santos Russi

Caio Gama Mascarenhas

Cristiane da Costa Carvalho

Fábio Jun Capucho

Julizar Barbosa Trindade Junior

Marcela Gaspar Pedrazzoli

Ulisses Schwarz Viana

Vanessa de Mesquita e Sá

Diagramação: Cássia Mara Fontoura Rocha

Design Gráfico (Coordenadoria de Inteligência e Gestão Estratégica): Guido Brey Júnior

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso
do Sul

Edição n. 19 (dezembro/2023)

Anual

ISSN 2319-068X

1979-1987 (1-9)

2002-2006 (10-13)

2013 (14)

2020-2022(15-18)

CDU 34(05)

As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o entendimento da PGE e/ou da ESAP.

Fica vedada a terceiros a reprodução total ou parcial do conteúdo da Revista da PGE/MS, sem prévia e formal decisão autorizativa da Comissão Editorial, a qual deverá estar embasada em autorização por escrito do autor do trabalho, para fins de repasse do conteúdo.

Procuradores do Estado - Ativos

1. Adalberto Neves Miranda
2. Adriano Aparecido Arrias de Lima
3. Ana Carolina Ali Garcia
4. Ana Ligia de Paula Zanin
5. Ana Paula Ribeiro Costa
6. André Lopes Carvalho
7. Arlethe Maria de Souza
8. Beatriz Silva Schiller
09. Bruno Cesar dos Santos Pereira
10. Caio Gama Mascarenhas
11. Carla Cardoso Nunes da Cunha
12. Carlo Fabrízio Campanile Braga
13. Christiana Puga de Barcelos
14. Cláudia Elaine Novaes Assumpção
15. Cristiane da Costa Carvalho
16. Cristiane Müller Dantas
17. Daniela Corrêa Basmage
18. Dênis Cleiber Miyashiro Castilho
19. Diene Figueiral Lacerda
20. Doriane Gomes Chamorro
21. Eimar Sousa Schröder Rosa
22. Fabio Hilário Martinez de Oliveira
23. Fábio Jun Capucho
24. Fabíola Marquetti Sanches Rahim
25. Felipe de Quadro dos Santos Ramos
26. Felipe Marcelo Gimenez
27. Fernando Cesar Caurim Zanele
28. Fernando Rodrigues de Sousa
29. Filipe Rocha Drummond
30. Gabriel José Reis Nunes
31. Gustavo Machado Di Tommaso Bastos
32. Henri Dhouglas Ramalho
33. Itaneide Cabral Ramos
34. Ivanildo Silva da Costa
35. Jaime Caldeira Jhunyor
36. Jean Santos Pinto
37. João Cláudio dos Santos
38. Jordana Pereira Lopes Goulart
39. José Wilson Ramos Costa Junior
40. Jucelino Oliveira da Rocha
41. Judith Amaral Lageano
42. Juliana Nunes Matos
43. Julizar Barbosa Trindade Junior
44. Kamila Miranda Sena
45. Kaoye Guazina Oshiro
46. Karpov Gomes Silva
47. Kemi Helena Bomor Maro
48. Leandro Pedro de Melo
49. Leonardo da Matta Lavorato Schafflör Guerra
50. Leonardo Campos Soares da Fonseca
51. Lidiane Cristina Cornaccini Sallesse Lorenzoni
52. Ludmila dos Santos Russi
53. Luis Paulo dos Reis
54. Luisa Garcia Stehling
55. Luiza Iara Borges Daniel
56. Marcela Gaspar Pedrazzoli
57. Márcio André Batista de Arruda
58. Marcos Costa Vianna Moog
59. Maria Fernanda Carli de Freitas Müller
60. Maria Sueni de Oliveira
61. Mariana Andrade Vieira
62. Mário Akatsuka Júnior
63. Mauricio Montero Martins
64. Natalie Brito Garcia
65. Nathália dos Santos Paes de Barros
66. Néelson Mendes Fontoura Júnior
67. Nilton Kiyoshi Kurachi
68. Norton Riffel Camatte
69. Oslei Bega Júnior
70. Pablo Henrique Garcete Schrader
71. Patrícia Figueiredo Teles
72. Paulo César Branquinho
73. Paulo Henrique Martins Machado Filho
74. Pedro Henrique da Silva Mello
75. Priscilla de Siqueira Gomes
76. Rafael Antônio Mauá Timóteo

- | | |
|--|---|
| 77. Rafael Coldibelli Francisco | 91. Shandor Torok Moreira |
| 78. Rafael Henrique Silva Brasil | 92. Sibeles Cristina Boger Feitosa |
| 79. Rafael Koehler Sanson | 93. Suleimar Sousa Schröder Rosa |
| 80. Rafael Saad Perón | 94. Tarcisio Barbosa Farias de Melo |
| 81. Renata Corona Zuconelli | 95. Thais Gaspar |
| 82. Renato Maia Pereira | 96. Ulisses Schwarz Viana |
| 83. Renato Woolley de Carvalho Martins | 97. Vaneli Fabrício de Jesus |
| 84. Rodrigo Campos Zequim | 98. Vanessa de Mesquita e Sá |
| 85. Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante | 99. Vinícius Spindola Campelo |
| 86. Rômulo Augustus Sugihara Miranda | 100. Virgínia Helena Leite Barreira |
| 87. Samara Magalhães de Carvalho | 101. Vitor André de Matos Rocha Martinez Vila |
| 88. Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva | 102. Wagner Moreira Garcia |
| 89. Senise Freire Chacha | 103. Wilson Maingué Neto |
| 90. Sérgio Wilian Anníbal | |

Relação dos Procuradores do Estado - Aposentados

- | | |
|--|--|
| 1. Antonio de Souza Ramos Filho | 11. Manuel Ferreira da Costa Moreira |
| 2. Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves | 12. Maria Celeste da Costa e Silva |
| 3. Carina Souza Cardoso | 13. Maria Madalena Santos |
| 4. Elide Rigon | 14. Neusa Miranda e Silva |
| 5. Eurildo Vieira Benjamim | 15. Regina Lúcia de Almeida e Souza |
| 6. Francisco de Paula e Silva | 16. Rodrigo Silva Lacerda Cesar |
| 7. José Aparecido Barcello de Lima | 17. Sandra Calligaris Baís |
| 8. José Luis de Aquino Amorim | 18. Sônia Tomás de Oliveira e Silva |
| 9. Lúcia Helena da Silva | 19. Vera Luísa de Queiroz Rodrigues da Cunha |
| 10. Lúcio Henrique Melke Bittar | 20. Waleska Assis de Souza |

Relação dos Procuradores do Estado - Falecidos

- | | |
|---|----------------------------------|
| 1. Acir Pires | 6. João Olegário Figueiredo |
| 2. Alberto Swards Lucchesi | 7. Nei Juarez Ribas |
| 3. Candemar Cecílio Fechner Victório | 8. Olímpio dos Santos Nascimento |
| 4. Francisco Antônio dos Santos e Silva | 9. Ricardo Nascimento Araújo |
| 5. Jerônimo Olinto de Almeida | |

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
<i>Ana Carolina Ali Garcia</i>	<i>9</i>
ARTIGOS	10
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: O SISTEMA <i>SAPIENS</i> COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO EFICIENTE À ADVOCACIA PÚBLICA.	
<i>Allen Kardec Feitosa Oliveira & Rafael Fernando Mendes Reis</i>	<i>11</i>
ANÁLISE DOS DESAFIOS DA ÁREA MÉDICA EM VIRTUDE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD	
<i>Hamilton Staichok</i>	<i>29</i>
ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL: SOLUÇÃO DIALOGADA PARA AS DISTORÇÕES NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO?	
<i>Ana Carolina Ali Garcia</i>	<i>45</i>
DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FERRAMENTA DE ESCUTA ATIVA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR	
<i>Daniela Rocha Rodrigues Peruca</i>	<i>55</i>
REGULAMENTAÇÃO LOCAL DAS TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS (EMENDAS PIX) E COMBATE À CORRUPÇÃO	
<i>Caio Gama Mascarenhas</i>	<i>64</i>
LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE, UMA RELEITURA NECESSÁRIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE	
<i>Jordana Pereira Lopes Goulart</i>	<i>75</i>
COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA ADI 6.649 E DE SUAS REPERCUSSÕES NORMATIVAS	
<i>Marcela Gaspar Pedrazzoli</i>	<i>97</i>
REPACTUAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO E REFORMA FISCAL	
<i>José Mauricio Conti & Caio Gama Mascarenhas</i>	<i>113</i>
DIREITO COMPARADO: REFLEXÕES METODOLÓGICAS E COMPARAÇÕES NO DIREITO CONSTITUCIONAL	
<i>Ilton Norberto Robl Filho & Atalá Correia</i>	<i>129</i>



Escola Superior da
Advocacia Pública



Procuradoria-Geral
do Estado

APRESENTAÇÃO

Honra-me, profundamente, apresentar a 19ª edição da Revista da PGE, resultado do compromisso institucional de se proporcionar um lugar qualificado a reflexões e a discussões voltadas à estruturação do saber.

Para a Procuradoria-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul o conhecimento científico revela-se como instrumento de compreensão das mudanças que marcam o nosso tempo e de aprimoramento da atuação dos Advogados Públicos.

Estudiosos do direito expõem contribuições técnico-científicas acerca de temas contemporâneos de interesse público: Inteligência artificial em benefício da eficiência do trabalho jurídico; Federalismo Fiscal brasileiro no âmbito dos Royalties de Petróleo e Gás Natural; Repactuação do Federalismo brasileiro e Reforma Fiscal; Regulamentação local das transferências especiais sobre questões legais específicas; Lei Geral de Proteção de Dados atinente a casos emblemáticos na área médica e ao tratamento dos dados na administração pública; Direito Comparado e Direito Constitucional; Listispendência nas ações da saúde; e Nova Lei de Licitações no contexto do diálogo competitivo como ferramenta de escuta.

Os artigos mobilizam ideias firmadas a partir da realidade efetiva da aplicação do Direito nas esferas da Advocacia Pública e da Administração Pública, cujos objetos teóricos provocam fecundos entendimentos técnicos.

Certamente, então, trata-se de relevante material bibliográfico de pesquisa e de aperfeiçoamento profissional e acadêmico para toda comunidade jurídica e vocacionados em debater saberes construtivos para a garantia dos interesses públicos.

Agora nos cabe ler e refletir, num gesto de recepção e incentivo à continuidade deste ambiente aberto ao diálogo e à construção do aprendizado, acreditando que ele fomentará o compartilhamento de boas práticas.

Ana Carolina Ali Garcia
Procuradora-Geral do Estado



ESAP

Mato Grosso do Sul

Escola Superior da
Advocacia Pública



PGE

Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral
do Estado

ARTIGOS

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: O SISTEMA *SAPIENS* COMO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO EFICIENTE À ADVOCACIA PÚBLICA.

*Allen Kardec Feitosa Oliveira*¹

*Rafael Fernando Mendes Reis*²

RESUMO

O artigo se debruça sobre a Inteligência Artificial e sua aplicabilidade na Administração Pública como instrumento de promoção da eficiência na atuação da Advocacia-Geral da União a partir da utilização do sistema *Sapiens*. Parte-se de um breve levantamento das raízes históricas, conceituais e de aplicabilidade da IA em diversos ramos, dando ênfase à sua introdução ao Direito. A partir disso, apresenta-se a correlação entre o princípio da eficiência na Administração Pública e a adoção na práxis jurídica de ferramentas lastreadas em Inteligência Artificial como promotoras de soluções viáveis para a solução pragmática de problemas cotidianos no exercício da Advocacia Pública, sobretudo no âmbito contencioso. Como aprimoramento metodológico foi aplicado o método hipotético-dedutivo, utilizando-se como base relatórios recentes de órgãos públicos (CNJ e AGU), que comprovam a posição de *repeat player* da Fazenda Pública no contencioso nacional, de modo que a adoção de *softwares* lastreados em inteligência artificial, a exemplo do *Sapiens*, despontam como verdadeiros aliados diante do contexto de macrolitigância em que se encontra a advocacia pública nos diferentes níveis federativos. Demonstra-se, ao fim, que a introdução de novas tecnologias ao serviço público, a exemplo da IA, representa muito mais ganhos que perdas, uma vez que potencializa o trabalho, podendo ser importante aliada diante do desafio de apresentar respostas mais rápidas e eficientes frente a demandas cada dia mais complexas e massivas.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Administração Pública; Princípio da Eficiência; Sistema *Sapiens*.

INTRODUÇÃO

Com os enormes avanços tecnológico dessa nova era, muitos instrumentos foram criados para facilitar a vida das pessoas e instituições, tornando o trabalho mais célere e mais organizado. Transpassan-

¹ Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Pós-graduado em Direito Processual Civil (LFG/UNIDERP); Direito Constitucional e LGPD pela Faculdade Legale. Procurador Municipal. Advogado.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduado em Direito da Seguridade Social pela Faculdade Legale. Professor voluntário na Universidade Federal do Maranhão e Professor de Ética e Legislação na Escola Técnica Alvorada. Advogado, membro da comissão da Jovem Advocacia da OAB subseção de Imperatriz/MA.

do os avanços tradicionais promovidos pela revolução industrial, alcançou-se um nível de aprimoramento tecnológico capaz de gerar as denominadas Inteligências Artificiais ou, simplesmente, IA's.

Conforme Russel e Norvig (1995), as IA's são tecnologias capazes de simular a inteligência humana ao ponto de serem capazes, inclusive, de “aprender” de forma autônoma de acordo com as experiências com as quais tem contato.

Na esfera da Administração Pública a informatização se torna imprescindível para uma maior eficiência. A Emenda Constitucional n. 19/98 incluiu o princípio da eficiência como princípio explícito e norteador da administração pública, sendo fruto de uma reforma administrativa, valorizando a eficiência no âmbito da administração. Tal ideal normativo em prol de uma atuação pública eficiente passa a ter maior efetividade com o auxílio das novas tecnologias, em especial as tecnologias autônomas, dentre as quais as IA's se destacam como protagonistas.

Quando se discute sobre iniciativas de grande sucesso em unir novas tecnologias e gestão na Administração Pública, a AGU merece destaque. A Advocacia-Geral da União, ao defender interesses da Administração Pública Federal conta com uma quantidade elevada de demandas por Procurador/Advogado da União, que podem acarretar o congestionamento processual, sobrecarga de demandas contenciosas e, até mesmo, a temida perda de prazos que podem resultar em danos ao erário.

Sendo assim, a inclusão de novas tecnologias da informação e a automatização de processos por meio de ferramentas ou *softwares* que adotam a inteligência artificial, é positiva na medida em que facilita e possibilita o trabalho mesmo com o déficit de servidores no órgão, tornando, assim, o exercício do *mister* da Advocacia Pública bem mais eficiente.

Foi buscando atingir o quadro ideal supracitado, que a Administração Pública Federal, mais precisamente, a Advocacia-Geral da União (AGU) incluiu no seio de seu plano de gestão, o *Sapiens*, que tem por objetivo sanear e promover ganho de eficiência nos processos de atuação da AGU.

A temática da inteligência da artificial no Direito precisa ser discutida e abordada pela comunidade jurídica. Além disso, precisa ser compreendido pela sociedade seus potenciais benefícios e malefícios e, principalmente, em que ponto essas novas tecnologias podem facilitar o dia a dia do servidor e a maior concretização do Princípio da eficiência na Administração Pública.

Diante disso, o sistema *Sapiens* tem por missão facilitar o trabalho de pesquisas de julgados, catalogando e organizando as demandas, sugerindo peças jurídicas cabíveis a cada uma das notificações recebidas.

Contudo, não se pode desconsiderar os desafios de sua implementação, sobretudo os custos tanto para aquisição da nova tecnologia como de preparação da estrutura pública para sua inserção. Tais fatores findam por tornar a sua adoção tímida em grande parte dos órgãos da Administração que, na maioria dos casos, se limitam a incluir automações simples ou de mera organização eletrônica sem que tenha um processo autônomo de aprendizado pela máquina.

Diante dessa problemática, buscou-se apontar os principais impactos da implementação da inteligência artificial na Advocacia Pública Federal e sua relação com a concretização do princípio da efi-

ciência no setor público. A hipótese levantada para o presente trabalho foi a de que com a implementação do sistema *Sapiens*, a atividade dos servidores e membros da Advocacia Pública Federal tornou-se muito mais eficiente.

A automatização trouxe consigo ferramentas para otimização do tempo e dos resultados obtidos na defesa da União. Além disso, a implementação de sistemas de IA podem trazer, ainda, mais resultados positivos, visto que, torna o trabalho de pesquisa e produção de peças jurídicas mais rápido, não substituindo os servidores e membros e sim sendo usada como ferramenta para maior eficiência laboral e suprimindo a falta de pessoal no órgão público.

A primeira parte do trabalho aborda a evolução histórica dos sistemas de Inteligência Artificial, bem como, apresenta conceitos e contextualiza as principais iniciativas do uso dessas novas tecnologias no Brasil e no mundo.

Na segunda parte aborda-se a relação da Administração Pública e o princípio da eficiência, descortinando conceitos doutrinários e legislativos sobre estes, buscando apresentar as raízes do princípio e a sua importância para a manutenção de bons resultados na gestão pública, na prestação do serviço público e das instituições.

Na terceira e última parte, analisa-se de forma específica a Advocacia Pública da União, sua composição, seu papel perante a sociedade e principalmente suas iniciativas no tocante a informatização e a implantação de sistemas de inteligência artificial por meio do *software* da instituição denominado *Sapiens* – sistema AGU de Inteligência Jurídica.

1. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O termo Inteligência Artificial (IA) conforme Machado (2005) foi elaborado em uma conferência no Dartmouth College, nos Estados Unidos da América, por John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon no ano de 1956. No entanto, desde os anos 40, conforme bem afirma Adriano Tacca e Leonel Severo Rocha (2018), a arquitetura binária desenvolvida com modelos matemáticos por John Von Neumann foi um marco importante para o desenvolvimento das máquinas, visto que, até a modernidade seu uso persiste. Posterior ao modelo matemático, desenvolveu-se um trabalho notório por Warren McCulloch e Walter Pitts propondo um modelo de neurônios artificiais.

Contudo, o nome mais conhecido quando o tema é história da computação é o de Allan Turing. De acordo com Gustavo da Silva Santanna (2019), Turing foi precursor dos estudos envolvendo o tema sobre aprendizado de máquina, o qual é reconhecido como autor do famoso teste em que se busca averiguar o poder de distinção entre o homem e a máquina³.

Além do teste de Turing, outro grande evento foi a criação do primeiro *Chatbot* do mundo, a Eliza, que se baseava em palavras-chave e conversava de forma automática imitando uma psicanalista.

³ No teste de Turing, um homem entra em uma conversa com outro homem e com uma máquina projetada para responder da mesma forma que um homem. Os participantes estando separados uns dos outros, iniciando o teste, o humano que fica no papel de julgador deve se comunicar com o restante dos participantes por meio de texto, caso não consiga distinguir com segurança qual é a máquina e qual o outro humano, a máquina passaria no teste sendo imitadora do modo de comunicação humano.

Contudo, conforme afirma Santanna (2019), somente nos anos 80 a Inteligência Artificial foi se tornando de fato ciência, abrangendo maior conteúdo e contando com o uso do método científico.

Nos anos 90 com a utilização de redes neurais artificiais, notou-se mais um avanço. Porém, tal década ficou conhecida como década do esquecimento da Inteligência Artificial, visto que, durante esse período o investimento dos governos e das grandes empresas eram mínimos e não se falava muito do tema. No entanto, o computador da IBM, *Deep Blue* derrota o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov e tal feito causou enorme surpresa, visto que, uma máquina vencendo um humano era um feito inédito, e não qualquer um, o campeão da modalidade.

Nos anos 2000 ocorreram diversos avanços na atuação industrial. A empresa estadunidense *Boston Dynamics*, no ano de 2005, apresentou ao mundo o robô *BigDog* capaz de se movimentar por terrenos de difícil acesso aos humanos. O robô se adapta ao terreno e controla o próprio equilíbrio, mantendo-se de pé mesmo que o empurrem. Além de robôs autônomos, nos anos 2000 foram desenvolvidos os primeiros carros autônomos como o criado por Sebastian Thrun, da Universidade de Stanford que foi batizado com o nome de Stanley e era especializado em cruzar regiões desérticas em alta velocidade.

No fim da década de 2000 e início da década de 2010 surgiram as interfaces de processamento e reconhecimento de voz e, em seguida, as famosas assistentes virtuais como a Siri da Apple e a Alexa da Amazon. As assistentes virtuais já contavam com uma imensa gama de recursos, capazes de responder perguntas, contar piadas, informar sobre o clima, ou até mesmo reconhecer músicas.

No ano de 2014 finalmente um *Chatbot* baseado em Inteligência Artificial chamado Eugene Goostman conseguiu vencer o teste de Turing, convencendo os jurados, por escrito, de que ele era um humano, mesmo sendo um programa. Nos anos 2020 a inteligência artificial faz parte do dia a dia das pessoas, desde as assistentes virtuais aos algoritmos de sugestões do catálogo da Netflix, o homem se cercou de máquinas inteligentes e autônomas. (PEREIRA, 2020).

E atualmente vivencia-se o *hype* das inteligências artificiais classificadas como generativas, a exemplo do *ChatGPT* da *Open AI* e o *Bard* do Google.

1.1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO E SUA APLICABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Inteligência Artificial poderia ser definida, conforme Coppin (2017) como sendo uma máquina com a inteligência necessária para enganar um humano. A definição de IA também pode ser associada à capacidade de exercer atividades que demandam certa cognição, ou seja, a capacidade de exercer funções típicas da cognição humana (LIMA, 2014).

O pensamento que associa atividades humanas a atividades de máquina também é defendido por outros pesquisadores. Conforme Danubia Desordi e Carla Della Bona (2020), a IA consiste no desenvolvimento de sistemas computacionais capazes de executar tarefas para as quais, normalmente, a habilidade intelectual humana é exigida.

O tema ainda é discutível no meio acadêmico, visto que, nem todos concordam que o teste de

Turing de fato comprove uma inteligência de máquina, podendo ser somente uma inteligência aparente, como explica Castro:

Uma máquina, ou software, capaz de passar no teste de Turing não é necessariamente uma máquina capaz de raciocinar verdadeiramente, podendo ser apenas uma máquina com capacidade de agir como se fosse inteligente, sendo considerada como de Inteligência Artificial Fraca, ou seja, não apresenta autoconsciência. Por outro lado, uma tecnologia capaz de solucionar problemas e raciocinar, com autoconsciência, será dita possuidorade Inteligência Artificial Forte. A discussão acerca da possibilidade de construir tal tecnologia é grande e por enquanto sua existência habita apenas o universo ficcional (CASTRO, 2014, p. 21-22).

Dentro do conceito de Inteligência Artificial se encontram diversos outros conceitos que facilitam o entendimento do tema, um deles é o algoritmo, ou, linguagem de computador, usado para a realização de comandos nos sistemas computacionais. Na Inteligência Artificial, conforme esclarece Terron e Molica:

Depois de criado, o algoritmo é ensinado a tomar decisões sobre o que lhe é empregado. Os robôs investidores na bolsa de valores, juízes e assistentes pessoais passam por essas etapas, identificam o comando, estudam o cenário a que estão inseridos e tomam as decisões para resolver os problemas baseados em fatos, registros e dados. É disruptivo o que o algoritmo pode fazer. Os algoritmos são fruto dos testes realizados com a Inteligência Artificial, e são por ela treinados para simular o raciocínio humano. Assim, o aprimoramento dos sistemas passa pelo trabalho dos algoritmos, que pensam e resolvem problemas. (TERRON; MOLICA, 2020).

Além do conceito de algoritmo, os pesquisadores que estudam o tema da IA também conceituam outros tópicos dentro do tema que ajudam na compreensão do assunto, dentre eles, destacam-se os conceitos de *Machine Learning*, *Deep Learning* e *Natural Language Processing*.

Machine Learning seria o aprendizado de máquina, um sistema capaz de modificar o seu comportamento autonomamente usando como base sua própria experiência, ou seja, o sistema analisa os dados disponíveis e reconhece padrões, dessa forma a máquina “aprende”. Esse recurso facilita o aprimoramento de vários mecanismos que já contavam com algum tipo de automação, tornando os sistemas mais eficientes e de fato, autônomos. (RUSSEL E NORVIG, 1995).

Já quando se fala de *Deep Learning* como a própria tradução já denuncia, é mais profunda, baseando-se em algoritmos mais complexos e no princípio das redes neurais. Logo, o sistema compreende mais informações e cria mais resultados com elas, imitando de forma mais fiel o cérebro humano⁴.

O termo inglês *Natural Language Processing* é designado para nomear a linguagem que os sistemas de Inteligência Artificial usam para entender a linguagem humana e simulá-la. (DESORDI & DELLA BONA, 2020).

Sendo assim, os conceitos são complementares. Na etapa do *machine learning* o sistema aprende o que deve ser aprendido para desempenhar de forma autônoma determinada função. Seguindo-se do *deep learning* em que o sistema possibilita uma adaptação a novas realidades, superando assim os padrões antes definidos, o sistema evolui com o material anteriormente coletado. Dessa forma, o sistema se torna mais inteligente. Acerca do assunto, Adriano Tacca e Leonel Rocha (2018, p. 8) explicam:

Esse tipo de sistema (programa de computador) que toma decisões com base nas experiências e as acumula em sua base de dados para aprendizado futuro pode ainda ser mais especializado na medida em que sua capacidade de percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e

4 A diferença entre IA, Machine Learning e Deep Learning, Medium. Disponível em: <https://medium.com/data-science-brigade/a-diferen%C3%A7a-entre-intelig%C3%Aancia-artificial-machine-learning-e-deep-learning-930b5cc2aa42>. Acesso em 30/06/2021.

padrões podem ser realizadas de forma intuitiva. Com isso, o sistema descobre novas táticas para solução dos casos que lhe são apresentadossem que para isso tenha sido programado.

Esse tipo de habilidade faz com que a máquina se torne capaz de auxiliar em demandas administrativas de forma a potencializar um serviço. Tal ajuda poderia aumentar a capacidade de trabalho e melhorar o desempenho do agente dado a maior capacidade de raciocínio e aprendizado da máquina lhe auxiliando.

No limiar do século 21, em especial na década de 2020, com o aumento da informatização, grandes empresas começaram a investir de maneira contundente em novas tecnologias de atendimento ao público e duas dessas tecnologias são bastante notáveis: os *Chatbots* e as assistentes virtuais.

Os *Chatbots* são usados pelas grandes empresas como forma de atendimento e abertura de chamados, ou seja, o cliente entra em contato com a empresa e é atendido por um robô com Inteligência Artificial que imita a linguagem humana - tal como o teste de Turing já previa. Dessa forma, o atendimento é mais rápido e os funcionários disponíveis conseguem realizar maior quantidade de atendimentos em um determinado período, já que os *Chatbots* realizam grande parte do trabalho.

Outra ferramenta são as assistentes virtuais que podem auxiliar nas rotinas dos funcionários, bem como no agendamento de reuniões. Além disso, algumas empresas apresentaram ao público assistentes virtuais de compras. Estas assistentes contam com Inteligência Artificial e atendem ao público como se fossem uma pessoa, até mesmo todo o design delas tenta imitar uma pessoa humana, um exemplo é a “Lu” do Magazine Luiza e a “Sam” da Samsung. Esse tipo de ação demonstra o quão avançado os sistemas de Inteligência Artificial se encontram e o que são capazes de fazer, sendo necessário um estudo a respeito de como esses sistemas podem auxiliar no trabalho da Administração Pública. (COSTA, 2020).

Como acentuam Russel e Norvig (1995), a Inteligência Artificial é um campo universal, que abrange vários subcampos, que vão desde áreas de uso geral, tais como a percepção e o raciocínio lógico, até algumas tarefas mais específicas, como a habilidade de jogar xadrez, demonstração de teoremas matemáticos, escrita de poesia e diagnóstico de doenças. Na medida em que são sintetizadas e automatizadas as tarefas intelectuais, ela se torna potencialmente relevante para qualquer área da atividade intelectual humana, dessa forma, também relevante para o campo do Direito.

No âmbito do Direito, especialmente no direito público, a implementação de novas tecnologias vem sendo determinante para um melhor desempenho das atividades pelos servidores públicos. Segundo Brega (2012, p. 57), as tecnologias de informatização contribuem na melhoria da eficiência, rapidez e qualidade das atividades, o autor divide as melhorias em um plano interno e um plano externo.

No plano interno as tecnologias da informação ajudam no gerenciamento de processos, na redução de erros e ganho de velocidade na tomada de decisão. Além disso, reduz custos, impacta em uma cooperação de forma mais rápida por conta da comunicação integrada e elimina os limites de comunicação territoriais.

Quanto ao plano externo, Brega (2012) expõe alguns benefícios no que toca a facilidade de acesso a informações do cidadão, maior controle do que o poder público já tem de informação, evitando-se, assim, a duplicidade de pedidos de documentos, a capacidade de o poder público realizar um atendimento de forma personalizada, passando a atender de forma mais completa os interesses do cidadão, aumento da

transparência e da velocidade com que o cidadão consegue acessar informações relativas ao serviço público, seus quadros, servidores e agentes políticos, bem como remunerações, contratos e convênios.

Quando se aborda a temática da informatização e da implementação dos sistemas de Inteligência Artificial no Direito, nota-se a existência de diversas iniciativas e projetos espalhados pelo mundo. Um deles foi o primeiro robô advogado do mundo, nomeado pela IBM como *Ross Intelligence*, desenvolvido para atender o escritório norte-americano *Baker & Hostetler*. Dentre as inúmeras habilidades do Ross se destacam a avançada capacidade de ler e compreender a linguagem natural, desenvolvimento de hipóteses quando questionado, realização de pesquisas jurídicas, e respostas fundamentadas às perguntas. Aliado a isso, pode aprender com as experiências, e acumular conhecimento ao decorrer das interações. Além disso, pode armazenar grande quantidade de legislação, jurisprudências, precedentes e outras fontes de decisões jurídicas para usar em suas fundamentações (TACCA; ROCHA, 2018).

Além dos diversos softwares e sistemas que contam com Inteligência Artificial para armazenar e mensurar dados dos tribunais ou organizar de forma eficiente o setor jurídico de uma empresa, existem também *softwares* mais simples que no dia a dia do advogado e do servidor público impactam de maneira positiva, como é o caso dos softwares de cálculo na área previdenciária, programas de computador que agilizam o processo de cálculo do valor dos benefícios do INSS. (TACCA; ROCHA, 2018).

Diante da enorme quantidade de demanda pendente no Poder Judiciário, é latente a necessidade de mecanismos de otimização do trabalho. Seguindo o exemplo de órgãos como o Tribunal de Contas da União (TCU), os tribunais dos estados e os tribunais federais devem buscar o auxílio de tais sistemas. Quando se trata do TCU, o órgão vem contando com a ajuda de sistemas inteligentes, como bem destaca Danubia Desordi e Carla Della Bona (2020, p. 13):

O Tribunal de Contas da União (TCU) é um dos órgãos públicos que tem se utilizado de sistemas inteligentes, no âmbito operacional interno, para aumentar sua produtividade; um exemplo é a robô Alice, acrônimo para Análise de Licitações e Editais, que, com o auxílio de outros dois robôs, Sofia e Monica, faz uma varredura nas contratações federais, a fim de detectar possíveis irregularidades. No ar desde fevereiro de 2017, Alice lê editais de licitações e atas de registros de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e empresas estatais, através da coleta de informações no Diário Oficial e no Comprasnet.

A robô *Alice* trabalha com a emissão de relatórios que podem indicar irregularidades notadas por ela na varredura. Dessa forma, os auditores podem ter maior eficiência na suspensão de contratações irregulares e desenvolvendo assim uma melhor e mais capacitada prestação do serviço público.

Além do robô *Alice*, o TCU também conta com as interfaces *Sofia* e *Mônica*. *Sofia* tem o papel de apontar erros nos textos produzidos pelos auditores, além de recordar informações importantes e apresentá-las em lista como números de processos, entre outros dados. Já a interface *Mônica* trata-se de um painel que facilita a visualização de todas as compras públicas, incluindo contratações diretas e inexigibilidades de licitação. As três interfaces fazem parte de um mesmo ecossistema de compartilhamento de informações, o laboratório de informações de controle, que municia os funcionários do TCU para uma melhor prestação do serviço público, além de órgãos como Ministério Público Federal, Polícia Federal e Tribunais de Contas estaduais.

Quando se trata de celeridade processual, a Suprema Corte necessita primordialmente de cele-

ridade, visto que, atende uma demanda enorme e é a última decisão aplicada das demandas ali apresentadas, sendo completamente inaceitável um estado de morosidade nas instâncias superiores. Assim, nota-se como tais instâncias se encontram abarrotadas de processos, conforme demonstra Wesley Gomes de Sousa:

De acordo com o relatório Supremo em ação 2018: ano-base 2017, nos últimos 5 anos avaliados (2013 a 2017), a demanda processual média foi de 87,5 mil processos por ano, o que retrata um cenário de alto volume de ações, com conseqüente lentidão na resolução dos casos que chegam à Corte (CNJ, 2018c). Segundo o mesmo relatório, em 2017, os processos pendentes estavam no acervo há 2 anos e 4 meses e, conforme citado anteriormente, os processos baixados duraram 7 meses, em média. Destaca-se que constavam 2.919 processos do acervo com tempo igual ou superior a uma década. (SOUSA, 2020).

Tal estado motivou a implementação de sistemas para auxiliar o trabalho no Supremo Tribunal Federal visando uma maior eficiência. Dessa forma, nasceu o Projeto *Victor* que consiste em um sistema de inteligência artificial que visa auxiliar na separação e classificação de peças do processo judicial e identificar os principais temas de repercussão geral do tribunal.

As iniciativas exemplificadas acima, comprovam que paulatinamente a IA vem sendo introduzida ao cotidiano dos órgãos e instituições jurídicas brasileiras, a exemplo do TCU, STF e a própria AGU aqui estudada.

Conjugando esses exemplos com os ensinamentos de Maranhão, Florência e Almada (2021), observa-se que no campo do Direito, a IA tem se tornado cada dia protagonista, de modo que a difusão do uso de sistemas inteligentes tem proporcionado a automação de atividades jurídicas, começando por aquelas que envolvem trabalho repetitivo e posteriormente se sofisticando.

2. A IA COMO MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Vaezi (2008) ao tratar da temática voltada a digitalização do Governo, ressalta a necessidade de observância de requisitos essenciais, tais quais: a confiabilidade, a acessibilidade, a eficiência e eficácia dos meios disponibilizados aos usuários, bem como a importância de iniciar o processo de digitalização efetiva em setores que tenham um maior impacto na prestação de serviço da administração.

Conforme Kossmann (2010) a sociedade moderna tem exigido uma redefinição do papel do Estado e uma transparência maior do desempenho dos seus servidores. Sendo assim, um novo paradigma trouxe reformas ao Estado Brasileiro propostas pelo Plano Diretor da reforma Aparelho do Estado, que foi proposto pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado e aprovado em 21 de setembro de 1995, objetivando uma Administração Pública mais eficiente. Em consequência ao plano diretor houve a aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98, introduzindo assim o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais que deveriam ser o norte da atuação da Administração Pública, juntamente aos princípios já existentes desde 1988.

Quando relacionado à Administração Pública, o conceito se torna ainda mais importante, visto que toda a atuação estatal se pauta em uma busca por resultados positivos, que conforme assegura Maria Sylvia Zanella de Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2008).

Conforme Rutgers e Van Der Meer (2010) existe uma diferenciação entre duas significações usadas pelos que debatem e estudam o setor público, sendo um deles ligado aos resultados e recursos empregados pela Administração e o outro, tratando, exclusivamente, das ações organizacionais e profissionais dos agentes que a compõem e integram. Ou seja, o primeiro trata do melhor emprego de recursos e melhor uso dos mesmos, o segundo diz respeito à capacitação dos agentes administrativos para melhor produzir e apresentar resultados.

O estudo do princípio encontra maior importância diante do déficit de servidores da Administração Pública Federal, visto que, existindo um quadro deficitário a serviço do interesse público, um maior desempenho dos servidores ativos é de fundamental importância. Um dos meios para uma maior eficiência diante do baixo número de servidores na Administração federal é a informatização.

Com o advento da informatização cada vez mais se obteve resultados próximos ao conceito de eficiência, ou seja, a Administração Pública passa a ter uma capacidade de trabalho que sem a informatização não seria possível.

Gabardo (2012, p. 343) ressalta a importância de não olhar a temática da eficiência somente pela ótica da economicidade, ou seja, não se deve levar em consideração apenas os aspectos de eficiência financeira e sim ter esses aspectos como um dos vários elementos de definição para uma verdadeira eficiência. Por isso, para o referido autor deve-se sempre buscar a supremacia do interesse público e o bom serviço à sociedade, com quatro pontos importantes no estudo da eficiência: a racionalização, a celeridade, a economicidade e a produtividade.

A racionalização, que se trata do processo de buscar a melhor forma de se alcançar um fim. A celeridade, que se trata da importância do controle do tempo para que o resultado ainda seja útil, não se perdendo pelo extrapolar do prazo. A economicidade se trata da relação entre os custos e os ganhos em um melhor desempenho dos agentes. Já a produtividade abrange uma maior interpretação da eficiência e um ampliar de seus conceitos contendo mais fatores intrínsecos. (GABARDO, 2017, p. 7).

O princípio da eficiência é o princípio que mais aproxima a Administração Pública dos conceitos das empresas privadas pela ótica do melhor desempenho. A sociedade, diante dos processos de informatização e globalização, passou a ter mais acesso ao servidor público e aos agentes públicos e, dessa forma, passou a fiscalizar de forma mais contundente e exigir transparência dos operadores da máquina pública. Diante disso, surgiu no ordenamento os já citados dispositivos visando um maior estudo da eficiência no âmbito do poder público.

A eficiência administrativa é essencial para o bom funcionamento de todo o poder público, uma vez que, uma administração pública eficiente faz-se cumprir a Supremacia do Interesse Público de forma perene, visto que, quanto mais eficiente é o poder público, mais seus servidores e órgãos cumpre o interesse público e atingem a excelência nas suas funções.

2.1 A Atuação contenciosa da AGU e seus reflexos no sistema de justiça brasileiro

A atuação da AGU é preconizada na Constituição Federal de 1988, a partir de seu art. 131:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. (BRASIL, 1988).

A Lei Complementar n. 73 de 1993 disciplina que representam judicialmente ou por meio de unidades descentralizadas nos Estados, os seguintes órgãos da AGU: (i) o Advogado-Geral da União que tem o papel de representar a União junto ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, é responsável pela atividade consultiva ao Presidente da República. Já a Procuradoria-Geral da União tem o dever de representar a União perante as suas várias instâncias, com exceção do STF. Há, ainda, a Consultoria Geral da União que atua na consultoria dos ministros de Estado, à exceção do Ministro da economia.

Enquanto isso, conforme consta na própria Constituição Federal, no § 3º, do art. 131, cabe a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apurar sobre a dívida ativa da União para fins de cobrança, representando a União em causas de natureza fiscal e prestando o trabalho consultivo ao Ministro da Economia.

Representando as maiores demandas existentes em todos os órgãos da AGU, a Procuradoria-Geral Federal tem o papel de representar as autarquias e fundações públicas junto ao Poder Judiciário, dentre as autarquias, merece destaque o Instituto Nacional do Seguro Social, que segundo o CNJ em seu levantamento Justiça em números, concentra grande parte das demandas dos juízes federais, logo, também das demandas dos Procuradores Federais realizando a defesa do INSS.

Assim como grande parte dos órgãos da Administração Pública, a AGU possui um quadro reduzido de servidores frente ao extenso volume de trabalho, somente no ano de 2021 segundo o levantamento “Relatório de Gestão AGU”, publicado em 2022, evidenciou-se que a AGU contava com 5.389 (cinco mil, trezentos e oitenta e nove) membros ativos, enquanto naquele mesmo ano somente na atividade jurídica contenciosa foram realizadas 16.600.000 (dezesseis milhões e seiscentos mil) manifestações.

Tal número demonstra uma enorme sobrecarga de trabalho no órgão, visto que, caso ocorra a divisão desse número de manifestações pelo quadro de membros ativos, cada um precisaria realizar aproximadamente 3.080 (três mil e oitenta) manifestações durante o ano, o que caracteriza um volume enorme de trabalho que pode causar a perda de prazos e um grande gasto de verba pública, à medida que muitas das manifestações são na área previdenciária, especificamente contestações em ações previdenciárias que caso se perca o prazo, o prejuízo a fazenda pode vir a ser de milhares de reais por ação.

Em razão disso, a AGU tem investido no aprimoramento do seu setor de tecnologia da informação e buscando alternativas para aumentar a eficiência no órgão, possibilitando assim que mesmo diante de um número reduzido de membros na carreira e servidores do quadro, consiga realizar com sucesso todas as manifestações necessárias.

As demandas do contencioso têm sido crescentes, visto que em 2022, conforme o mesmo levantamento anual da AGU publicado em 2023, o número de manifestações foram de 19.300.000 (dezenove

milhões e trezentos mil) manifestações decorrentes da atividade jurídica contenciosas, número superior ao registrado em 2021.

Além disso, os números chamam a atenção porque a quantidade de membros da carreira em exercício teve um déficit, passando a somar apenas 5.294 (cinco mil, duzentos e noventa e quatro). Logo, a exigência de efetividade no trabalho passou a ser maior frente ao incremento de demandas da atividade contenciosa e a redução no quadro de pessoal. Assim, a demanda proporcional por membro que era de 3.080 (três mil e oitenta) passou para 3.645 (três mil, seiscentos e quarenta e cinco), um incremento de aproximadamente 18%.

Dado os fatos e números, cabe analisar que no decorrer dos anos o número de manifestações aumentou à medida que o número de membros da carreira foi diminuindo, visto que, como em qualquer órgão público, o capital humano no decorrer do tempo tende a diminuir, em virtude de aposentadorias, exonerações, afastamentos e falecimentos.

Por outro lado, mesmo com a diminuição no quadro de pessoal, o número de manifestações na atividade jurídica contenciosa, não se levando em consideração o trabalho consultivo exercido pela AGU, registrou no curto espaço de apenas 1 (um) ano um incremento significativo de 2,7 milhões de manifestações, revelando uma atuação contenciosa crescente tendo a Fazenda Pública como um dos grandes litigantes (*repeat player*).

Portanto, a implementação de melhores tecnologias, em especial da introdução da inteligência artificial na práxis do órgão, tem possibilitado à carreira agir de forma a melhor exercer seu serviço, visto que o sistema de inteligência jurídica – *Sapiens*, integra todo o órgão e permite um maior desempenho dos membros de carreira jurídica e servidores no controle e resolução de demandas a eles apresentadas, o que se pode observar pela relação entre novas demandas e demandas resolvidas em tempo hábil, mesmo diante do déficit de pessoal.

2.2 O sistema *Sapiens*

Conforme elucida Luciana Anchieta Boueres (2019), a AGU em busca de uma maior eficiência, controle e qualidade do serviço no órgão deu início no ano de 2014 a implantação do sistema AGU de inteligência jurídica – *Sapiens*. Ainda nesse mesmo ano, com o advento da Portaria nº 125 de abril de 2014 trouxe a obrigatoriedade e oficialização do sistema em toda a advocacia pública federal.

Art. 1º Instituir o Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, como sistema oficial de informações, documentos e processos eletrônicos no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Art. 2º O Sistema SAPIENS é instrumento de utilização obrigatória na gestão documental e controle de fluxos de trabalho pelos Membros e Servidores da Advocacia-Geral da União, nos órgãos em que implantado. (AGU, 2014).

Tal iniciativa da Advocacia Geral da União visa modernizar o órgão e o colocar em consonância ao esforço dos tribunais e do CNJ em virtualizar o processo e modernizar todos os meios de trabalho, assim facilitando o dia a dia do servidor e efetivando os princípios da razoável duração do processo e da eficiência administrativa.

Conforme Boueres (2019) a ideia de criação do *Sapiens* nasceu em resposta a um grande vo-

lume de trabalho, passando por várias alterações e atualizações de 2014 a 2017, quando foi implantado de fato em todo o Brasil. Os responsáveis por idealizar o projeto foram os procuradores Eduardo Alexandre Lang e Mauro Baioneta Nogueira.

Segundo Boueres (2019) notou-se em entrevistas sobre o sistema que demandas que antes demoravam em torno de 28 dias para serem solucionadas, com a implementação do *Sapiens* passou a ser de somente três dias. Tal fato se deve a possibilidade de mais de um servidor trabalhar na mesma demanda, além das sugestões e do banco de dados de peças processuais que facilitam a resposta.

No estudo feito por Luciana Anchieta Boueres, a grande aceitação dos servidores ao sistema *Sapiens* se deve a uma percepção de uma melhor eficiência no trabalho quando fazendo o uso do sistema, não só por conta do gerenciamento de atividade, como também por conta da automatização e inteligência do sistema, visto que, atua sugerindo peças processuais e realizando triagens de forma autônoma.

Como explicado no Relatório de Gestão da AGU do ano de 2021, dentre as ações setoriais desenvolvidas pelo órgão, no setor de tecnologia são abordadas algumas das funções e expansões a serem aplicadas ao *Sapiens*, dentre elas o projeto *Optimus Prime*, que é englobado pelo *Sapiens* tendo a função de etiquetar tarefas com base nas movimentações processuais e o teor dos documentos judiciais, tendo total integração com os sistemas dos tribunais e automatizando as triagens em até 90%. Tal função do sistema, em um órgão que nos últimos anos tem um imenso volume de demandas, é imprescindível, visto que possibilita uma grande economia de tempo, pois os servidores que estariam realizando a triagem desses processos podem ser alocados em outras funções.

Em recente relatório de gestão, a AGU divulgou os últimos passos concretizados em relação a transformação digital, dentre eles, a adoção do *Sapiens 2.0*, uma versão melhorada do sistema anterior que torna automatizada ainda mais atividades de baixa complexidade, além de citar uma melhora significativa da Inteligência Artificial adotada.

Conforme o relatório, a integração ao peticionamento e recebimento de intimações diretamente do STF, o impacto de todas essas integrações é um sistema forte e completo que facilita de maneira contundente o trabalho. O sistema é bastante prestigiado dentro do órgão, tal que, no orçamento do órgão consta também a iniciativa para orçamento da implantação da Advocacia Pública eletrônica e-AGU que não só beneficia a Advocacia Pública Federal, como também toda a classe de Advogados Públicos.

Considerado como um dos maiores sucessos do Órgão (AGU, 2020, P. 101), em sua versão 2.0 apresentou maiores funcionalidades de triagem e distribuições automatizadas, uma interface moderna, suporte a múltiplas plataformas, como os smartphones, algoritmos mais rápidos e eficientes, além de etiquetas inteligentes e certificados digitais em nuvem.

O sistema *Sapiens* já conta com mais de um bilhão de documentos em sua base de dados, e recebe mais de quinhentos mil todos os dias contando com um total de vinte mil usuários internos e oitenta mil externos.

O sucesso do sistema de inteligência jurídica da AGU tem se mostrado consistente, tanto que em seu último relatório de gestão (AGU, 2022), ficou registrado que o Sistema AGU de Inteligência Jurídica

dica – *Super Sapiens* entrou na fase final de migração dos módulos Judicial, Dívida e Cálculo, bem como, introdução do módulo de Gestão do Conhecimento – que envolverá maior aplicação de técnicas de Inteligência Artificial.

E um importante passo para o ganho de eficiência na Advocacia Pública em âmbito nacional e não apenas na esfera federal, é a meta de integração do Sistema Único de Procuradorias (SUPP), que objetiva construir uma rede de comunicação utilizando um sistema único e gratuito para toda advocacia pública, o qual é compartilhado atualmente com 6 procuradorias municipais e 9 procuradorias-gerais estaduais. A fase final de migração do *Super Sapiens* também atenderá de imediato procuradorias com menor poder de participação na evolução do código-fonte.

CONCLUSÕES

A Inteligência Artificial tem se mostrado um mecanismo de excelência no suporte às atividades da população de modo geral, seja atividades de entretenimento ou ainda no auxílio ao trabalho tradicional.

A informatização da Administração Pública, em especial o uso de sistemas de Inteligência Artificial, passou a agregar um verdadeiro mecanismo de suporte às atividades de servidores e membros de carreiras jurídicas em diferentes órgãos públicos.

Os dados apresentados ao longo desse *paper* e as bases teóricas que o sustentam, comprovam que o uso da IA no setor público não deve ser encarado como uma forma de substituir os servidores por máquinas, e sim como oportunidade de se utilizar o potencial das máquinas para que o servidor possa alcançar um maior potencial de trabalho, não só abordando a eficiência do ponto de vista de “fazer mais com menos recursos” e sim fazer mais, com os recursos existentes e de uma forma que mantenha o bem-estar do servidor e alcance as metas da administração, além de possibilitar uma célere resolução das demandas.

Diante disso, o exemplo da AGU passa a ser importante modelo, em virtude do desenvolvimento do sistema *Sapiens* que se mostrou um facilitador do trabalho de pesquisas de jurisprudências, além de catalogar e organizar as demandas, sugerindo peças jurídicas cabíveis a cada uma das notificações recebidas.

A Inteligência Artificial mostrou-se ser capaz de inúmeras aplicabilidades úteis para a Administração Pública. Buscou-se, assim, ao longo desse trabalho, apontar os principais impactos da implementação da inteligência artificial na Advocacia Pública Federal e sua relação com a concretização do princípio da eficiência na Administração Pública.

Vislumbra-se, com as ponderações necessárias, que a hipótese levantada foi confirmada, uma vez que a implementação do sistema *Sapiens* ao cotidiano de trabalho da AGU culminou em um desempenho de atividades por seus servidores e membros mais eficiente.

Portanto, a automatização trouxe consigo ferramentas para otimização do tempo e dos resultados obtidos na defesa da União, suas entidades e órgãos. Além disso, a implementação de sistemas de IA trouxe, ainda, mais resultados positivos, visto que, tornou o trabalho de pesquisa e produção de peças jurídicas mais rápido, não substituindo os servidores e membros e sim sendo usada como ferramenta para

maior eficiência laboral e suprimindo a falta de pessoal no órgão público, uma vez que cada servidor passou a ter a capacidade de produzir mais do que produziria sem a ferramenta e em menos tempo.

Tal ganho de eficiência foi notado até mesmo pelos demais órgãos do poder público, de forma que o sistema *Sapiens* é referência em gerenciamento de documentos e um dos pioneiros em uso da Inteligência Artificial na Administração Pública. Seus frutos são consistentes e bem mensurados, de modo que foi notado pelo restante da sociedade no ano de 2020, dado que a AGU foi vencedora do prêmio *Innovare*, importante prêmio no âmbito do Direito brasileiro, o prêmio foi vencido na categoria - Advocacia.

A AGU disputou o prêmio com outras 106 iniciativas em todo país, sagrando-se vencedora. Hoje, o *Sapiens* é o principal ativo tecnológico da AGU que em seu planejamento estratégico pretende avançar ainda mais nas funções de IA, agora com a nova versão *Sapiens 2,0* e o Sistema Único de Procuradorias (SUPP), que objetiva construir uma rede de comunicação utilizando um sistema único e gratuito para toda advocacia pública, ampliando a experiência bem-sucedida no âmbito federal para os demais níveis federativos de atuação da Advocacia Pública brasileira.

Assim, é latente a necessidade da Advocacia Pública nas demais esferas federativas (Estado e Municípios), a exemplo da AGU, investir em novas tecnologias de informatização e automação com vistas a alcançar uma plena eficiência na prestação dos seus serviços, reduzindo custos econômicos, preservando o seu pessoal de rotinas demasiadamente desgastantes e entregando um serviço público de qualidade e em tempo hábil.

Afinal, a Advocacia Pública, como função essencial à justiça e que assume o protagonismo em uma gama de competências cruciais para a Administração Pública em suas diferentes esferas de governo, necessita se amoldar à transformação empreendida pela IA no perfil do profissional jurídico que precisará se adaptar a esse novo cenário social e às novas tecnologias.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Auditoria – Relatório de Gestão 2022**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/processo-de-contas-anuais/processo-de-contas-anuais-2022>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Auditoria – Relatório de Gestão 2021**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/auditorias/processo-de-contas-anuais/processos-de-contas-anuais-2021>. Acesso em: 1 jul. 2023.

ALMEIDA, Bruno Felix de. **Advocacia Pública e controle da probidade: proatividade e procedimento no exercício da legitimidade ativa nas ações de improbidade administrativa**. 2020. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

ANDREWS, R. **New public management and the search for efficiency**. In T. Christensen & P. L. Lægreid (Eds.), *The Ashgate research companion to new public management* (pp. 281–294). Surrey, UK: Ashgate Editorial, 2011.

ANDREWS, r. & ENTWISTLE, T. **Public Service Efficiency: Reframing the debate**. Routledge Critical Studies in Public Management. 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 125, de 30 de abril de 2014**. Disponível em: <https://procuradoria.ifc.edu.br/wp-content/uploads/sites/30/2022/11/Portaria-125.pdf>. Acesso em: 30 jun 2021.

BORELLI, Isabela. **Como a Inteligência artificial está revolucionando o Direito**. Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/startups/lawtech/isabela/inteligencia-artificial-direito-lawtech/>. Acesso em: 30 jun 2021.

BOUERES, Luciana. **Impactos nas condições de trabalho dos usuários do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS)**. Revista da AGU, Brasília – DF, 2019.

BREGA, José Fernando Ferreira. **Governo eletrônico e Direito Administrativo**. Tese de doutorado, USP, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06062013-154559/en.php>. Acesso em: 30 jun 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inteligência artificial no Poder Judiciário**. Brasília, 2019. 40p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/98/1/Intelig%c3%aan-ia%20Artificial%20no%20Poder%20Judiciario%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COSTA, Adriana Cristina da. **Inteligência artificial no empreendedorismo**. In: TEIXEIRA, Tarcisio *et al.* 1. ed. Salvador, 2019, p.39-50.

COPPIN, Bem. **Inteligência artificial**. Tradução e revisão técnica Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

DESORDI, D. e DELLA BONA, C. **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. In: Revista de Direito da UFV, 2020.

FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 179-205.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.* **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II** (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul, **O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública**, PUC – SP, 2007, São Paulo.

HARTMANN, Fabiano Peixoto; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. 1. ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

KLEINA, Nilton. **A evolução da Inteligência Artificial**. Tecmundo. 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/135413-historia-inteligencia-artificial-video.htm>. Acesso em: 30 jun. 2021.

KOKKE, Marcelo. **Análise científica dos modelos de representação jurídica do Estado e dos honorários de sucumbência da Advocacia Pública**. Boletins: Informativo diário. 21 de janeiro de 2020. Caxias do Sul: Editora Plenum. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3522849. Acesso em: 3 mar. 2021.

KURZWEIL, Ray. **Como criar uma mente: os segredos do pensamento humano**. Tradução de Marcello Borges. São Paulo: Aleph, 2015.

KOSSMAN, Edson Luís. **A (In)eficácia da constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública**. Unisinos, São Leopoldo, 2010.

LAUDON, K. C. e LAUDON, J. P. **Sistemas de informação**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1999, p.328.

LIMA, I.; SANTOS, F.; PINHEIRO, C. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MACHADO, Vinicius Ponte. **Inteligência Artificial: uma abordagem centrada em agentes**. São Paulo. 2005.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. **Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial**. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan./ jun. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: RT, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEREIRA, Denner. **Raízes da advocacia pública no Brasil: a fazenda pública em juízo no Brasil: gênese e contradições** – belo horizonte: editora dialética, 2021.

PEREIRA, T. P. **A legalidade e efetividade dos atos judiciais realizados por inteligência artificial**. 2020. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade nove de julho, São Paulo, 2020.

Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres, Notícias STF, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/presidente-do-supremo-apresenta-ferramentas-de-inteligencia-artificial-em-londres/754804022>. Acesso em: 22 mar. 2020.

Russell, Stuart J. (Stuart Jonathan), 1962- **Inteligência artificial / Stuart Russell**, Peter Norvig; tradução Regina Célia Simille. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RUSSELL, Stuart Jonathan; NORVIG, Peter. **Artificial intelligence: a modern approach**. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

RUTGERS, M. R., & van der Meer, H. (2010). The origins and restriction of efficiency in public administration: Regaining efficiency as the core value of public administration. *Administration & Society*, 42, 755-779. doi:10.1177/0095399710378990

SÁ E DRUMOND, Marcos Gustavo de. **A representação de agentes públicos pela advocacia de estado: pressupostos e requisitos.** *Revista Caderno Virtual*, Brasília, v. 3, n. 48, 2020.

SAPIENS, sistema de informações jurídicas da AGU, ganha Prêmio Innovare na categoria Advocacia, Notícias AGU. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/sapiens-sistema-de-informacoes-juridicas-da-agu-ganha-premio-innovare-na-categoria-advocacia#:~:text=A%20Advocacia%2DGeral%20da%20Uni%C3%A3o,por%20videoconfer%C3%Aancia%20ocorrida%20em%20Bras%C3%ADlia>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SANTANNA, Gustavo da Silva. **Do Patrimonialismo à sociedade da informação: proposições para a implantação da administração pública eletrônica (e- administração) no Brasil.** Tese de doutorado, Unisinos, São Leopoldo, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9048>. Acesso em 30 jun 2021.

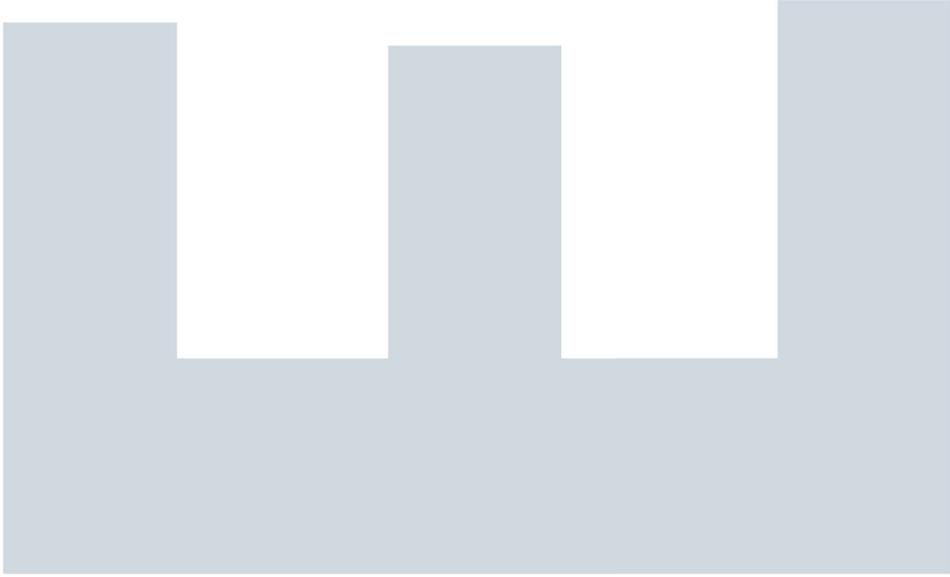
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TACCA, Adriano e ROCHA, Leonardo Severo: **Inteligência Artificial: reflexos no sistema do Direito**, revista de pós graduação da UFC. 2020.

TOFFOLI, Dias. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17- 21.

TERRON, Leticia Sangaletto; MOLICA, Rogerio. **A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável.** *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 98-118, nov. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n3p98. ISSN: 2178-8189.

VAEZI, Seyed Kamal. Measurement and evaluating frameworks in electronic government quality management. *in: Proceedings of the 2Nd International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, ICEGOV '08, p.160–165, New York, NY, USA, 2008. ACM. 31, 33.



ANÁLISE DOS DESAFIOS DA ÁREA MÉDICA EM VIRTUDE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD

ANALYSIS OF CHALLENGES IN THE MEDICAL AREA IN VIRTUE OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW – LGPD

Hamilton Staichok¹

RESUMO

Trata-se de análise na qual se pretende apontar alguns cuidados e deveres dos profissionais da saúde, os quais terão que se reinventar administrativamente, principalmente ao manipularem os dados considerados sensíveis de seus pacientes. Uma espécie de reengenharia deverá ser colocada em prática por este segmento para fazer frente às exigências impostas pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). Neste aspecto, procura-se indicar questões relevantes relacionadas à segurança das informações, inevitável uso da tecnologia e possíveis sanções, que certamente ocorrerão, caso não se use de cautela na guarda de dados de seus pacientes. A pesquisa teve como base, em especial, a LGPD, sites acadêmicos, dissertações, teses, entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: lgpd; privacidade; dados sensíveis; saúde.

ABSTRACT

This is an analysis, in which it is intended to point out some care and duties of health professionals, who will have to reinvent themselves administratively, especially when they manipulate considered sensitive data about their patients.

A kind of reengineering should be put into practice by this segment to be compatible with what the law brings in its content, since its approval and validity in 2018, and especially now, when the foreseen sanctions can already be applied. In this aspect, we look for to indicate relevant issues related to information security, the inevitable use of technology and the possible sanctions, which will certainly occur, if caution is not used in the data storage of patients. The research was based on LGPD, websites, theses, dissertations and others still.

KEYWORDS: lgpd; privacy; sensitive data; health

¹ Pós-graduado em Direito Médico na Universidade Curitiba. Graduado em Direito na Universidade Curitiba. (hamilton.staichok@gmail.com). Este artigo foi apresentado e avaliado com graduação 9,5, em 2022.

O presente trabalho teve orientação da Professora Pós-Doutora Fernanda Schaefer Rivabem. Advogada. Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Doutorado em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Professora da Universidade Curitiba. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e da Saúde da PUC-PR. Contato: (ferschaefer@hotmail.com)

INTRODUÇÃO

Muito se tem falado sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei n. 13.709/18), parcialmente em vigor desde 2018 e que desde agosto do ano passado já está tendo sua eficácia testada, pois a possibilidade de aplicação de sanções nas possíveis infrações cometidas é fato consumado. Embora objeto de muita controvérsia, trata-se de caminho sem volta e de aplicação imperiosa, uma vez que não se admite mais a utilização de dados pessoais de maneira aleatória e irresponsável, como vinham sendo manipulados em fase anterior à lei.

É de se esperar que, de agora em diante, com o advento da norma sancionadora, novos rumos com relação ao tratamento dos dados pessoais dos cidadãos sejam tomados, pois o uso indevido, a divulgação, a guarda e o compartilhamento podem significar prejuízo ao usuário desavisado.

Se a manipulação de dados pessoais, por qualquer pessoa ou empresa, já pode ser considerada como um fator de risco, esta situação alcança um grau máximo de preocupação quando envolve os dados sensíveis de pacientes na área da saúde.

A própria lei em sua Seção II, artigo 11, define como deve ser conduzido o tratamento dos dados sensíveis, no que tange às informações pertinentes ao paciente, seu estado de saúde, suas comorbidades, enfim, os dados singulares e íntimos, cujos direitos só a ele pertence.

A referida norma não deixa dúvidas, quanto ao manuseio dos dados, tanto por parte dos profissionais médicos, quanto dos planos de saúde, bem como esclarece quanto às exceções, previstas no artigo 4.º e seus incisos, que independem da autorização específica do paciente.

Este estudo objetiva trazer um melhor entendimento da problemática apresentada pela nova Lei Geral de Proteção de Dados, no que tange aos profissionais da saúde e sua readequação na manipulação e tratamento dos dados sensíveis de seus pacientes.

A pesquisa teve como base a LGPD, sites acadêmicos, dissertações, teses, publicações em periódicos, entre outros, capturando as melhores práticas que vêm sendo adotadas em clínicas, hospitais e pelos próprios profissionais da saúde no tocante ao tratamento de dados sensíveis de pacientes. O objetivo final era conseguir uma base sólida de informações, para permear as dificuldades de manter sob guarda tais dados, conforme a lei impõe.

Para tanto, optou-se por subdividir em etapas esta jornada, iniciando-se por tentar esclarecer as diferentes interpretações relativas aos conceitos de dados sensíveis. Na sequência, faz-se breve contemplação dos recursos da informática, de utilização imperiosa, que serão de fundamental importância no quesito de segurança da informação. Em seguida, passa-se pela documentação utilizada para o registro dos citados dados, destacando-se o prontuário. E ao final objetiva-se demonstrar, a responsabilidade civil dos profissionais da saúde em caso de não observância dos dispositivos normativos.

1 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O objetivo da LGPD é o de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e

o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (artigo 1.º).

Visando alcançar esses anseios, a referida norma traça uma caminhada, num primeiro plano, de esclarecer pontos importantes, que contribuirão sobremaneira para entender-se o seu verdadeiro propósito. Dentre tantos, um dos que têm gerado mais dúvidas, indubitavelmente, é o comparativo entre os dados pessoais e os dados sensíveis.

Em seu artigo 5.º, incisos I e II, foram conceituados de maneira sucinta os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre 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;

Sem dúvidas, um primeiro passo para que todos os profissionais da área da saúde possam começar a entender o que realmente a LGPD vai impactar, principalmente no que tange ao tratamento/manipulação dos dados dos pacientes, bem como nas precauções necessárias para que este manuseio seja efetuado da maneira correta e segura, evitando, enfim, qualquer represália da norma em questão.

1.1 Os dados sensíveis dos pacientes

Para que se possa entrar definitivamente no assunto, inicialmente é necessário que se faça uma análise do que realmente se pode considerar como dados sensíveis. Embora pareça de definição fácil, existem muitas controvérsias por tratar-se de assunto abrangente e muitas vezes se misturam as conceituações envolvendo dados pessoais, dados médicos ou sensíveis.

Em verdade os dados médicos ou os dados sensíveis são oriundos dos dados pessoais que são mais abrangentes, sendo os dados sensíveis muito mais específicos e é justamente por isso que a LGPD tenta protegê-los de maneira singular. Neste sentido ensina Schaefer (2010, p. 48) que:

Dados médicos são aqueles que abarcam dois elementos: o elemento material (é a sua base física, tudo que dá suporte físico à informação, como os exames e as amostras biológicas); e o elemento imaterial (formado pelo conjunto de informações basicamente obtido da história clínica do paciente e de documentos médicos diversos e que pode assumir diferentes funções – inclusive política e econômica – dependendo do destino que se pretende dar a eles). São elementos que devem ser igualmente considerados bens da personalidade (pois detentores de informação pessoal – atributo da personalidade), uma vez que compõem parte do indivíduo, e, por isso, protegidos pelo direito à privacidade e pela autodeterminação informativa, observadas as singularidades de seu objeto.

É baseado no direito à privacidade e pela autodeterminação informativa que os dados sensíveis merecem uma proteção especial, pois como envolvem dados que muitas vezes revelam a intimidade do paciente, são cobertos por esse manto, como bem define Schaefer (2010, p. 51):

Por estarem compostos por uma gama muito grande de informações pessoais especialmente qualificadas (pois capazes de revelar íntimos segredos), os dados referentes à saúde gozam de particular proteção, uma vez que afetam os aspectos mais íntimos da personalidade e forçam o indivíduo a lidar com sua própria individualidade (relacionada diretamente à própria personalidade). Por isso,

à história clínica do paciente se impõe o dever de confidencialidade, obrigação que, por sua própria natureza, não pode ser considerada absoluta, podendo, em alguns casos (doenças infectocontagiosas, epidemias etc.), ser relativizado por questões de necessidade pública.

Na mesma linha, colabora com a definição de dados sensíveis Faleiros *et al* (2019 - p. 214 e 215):

Mister ressaltar que são consideradas dados sensíveis as informações que estejam relacionadas a características da personalidade do indivíduo e às suas escolhas pessoais, a exemplo de sua origem racial ou étnica, de sua convicção religiosa, de sua opinião política, da filiação a sindicato ou a organização religiosa, filosófica ou a partido político, bem como os detalhes referentes à sua saúde ou à sua vida sexual, além dos dados genéticos, da biometria, da geolocalização.

Já Tepedino e Teffé (2021 – p. 108) acrescentam sobre a necessidade de consentimento no tratamento de dados sensíveis, porém advertem sobre a excepcionalidade com que se deve tratar o assunto, devido à relevância das informações:

A mera proibição do tratamento de dados sensíveis mostra-se inviável, pois, em alguns momentos, o uso de tais dados será legítimo e necessário, além de existirem determinados organismos cuja própria razão de ser estaria comprometida caso não pudessem obter informações desse gênero, como exemplo, algumas entidades de caráter político, religioso ou filosófico. Dessa forma, entende-se que o tratamento de dados sensíveis é possível e, inclusive, necessário em determinadas circunstâncias. Contudo, deverá ser considerado excepcional, pela relevância dos valores em questão, e autorizado quando não houver utilização discriminatória das informações coletadas.

As condicionantes para o tratamento de dados sensíveis dos pacientes estão contempladas na LGPD com mais veemência em seu artigo 11, que contempla que tais dados podem ser tratados com ou sem o consentimento do paciente, dependendo da finalidade:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:
I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
- g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Diante da positivação detalhada, Faleiros *et al* (2019 - p. 227) pede a reflexão sobre em que condições há o fornecimento dos dados pessoais, e se realmente essa entrega é efetuada de maneira responsável. Aponta, ainda, que o assunto merece estudos mais aprofundados:

Se os fluxos de dados são incessantes e se tornam cada vez mais imprescindíveis para o exercício de inúmeras atividades cotidianas, também os riscos advindos dessa nova realidade passam a gerar

efeitos que o direito precisa enfrentar. Vale dizer: não basta que se tenha legislações detalhadas e repletas de conceitos! Para que seja efetivamente aplicável a abrangência de proteção da LGPD, impõe-se um repensar sobre o modo como a entrega de dados pessoais ocorre.

É de se esperar que, de agora em diante, toda e qualquer manipulação de dados sensíveis de pacientes, estejam sob o olhar das autoridades fiscalizadoras, muito mais em virtude das possíveis sanções que possam ser aplicadas, porém de qualquer forma, neste momento, é preciso que todos os envolvidos reflitam sobre a seguinte pergunta: quais cuidados os profissionais da área da saúde deveriam adotar para mitigar estes riscos?

Resta claro que uma espécie de reengenharia deverá ser colocada em prática por este segmento para fazer frente às exigências que a lei traz em seu conteúdo e principalmente agora, quando as sanções previstas já podem ser aplicadas. Esta necessidade está cada vez mais latente, pois conforme Schaefer (2010, p. 61):

Por sua natureza, portanto, os dados de saúde considerados sensíveis não podem ser tratados (recolhidos, elaborados, transmitidos e conservados) automaticamente, a menos que sejam previstas garantias legais para essas situações ou consentimento expresso e específico de seu titular.

A não adequação aos dispositivos legais trará consequências nada agradáveis aos envolvidos no tema, uma vez que as responsabilidades vertem de acordo com a potencial participação dos atores. A respeito Schaefer (2010, p. 60) afirma que:

Assim, denominar um dado nominativo como sensível é reconhecer-lhe sua condição de dado que deve ser especialmente protegido uma vez que a revelação de seu conteúdo pode potencialmente causar lesão ao seu titular ou a pessoas a ele vinculadas.

Importante, portanto, que os profissionais da área da saúde, procurem estar concentrados nas novas determinações, uma vez que afetam de maneira direta as suas atividades. Não se trata apenas de um cumprimento de normas, e sim um despertar para o significado do que é realmente um dado sensível e o quanto a sua divulgação, sem critério, pode afetar a vida de seu paciente, quer seja em seu estado clínico material como também no critério emocional psicológico.

1.2. A necessidade de buscar segurança em sistemas informatizados

Para enfrentar os riscos de acesso indevido de dados privados, notadamente as empresas do ramo da saúde deverão se precaver no sentido de obter sistemas informatizados que estejam aptos e desenvolvidos especificamente para a manutenção da segurança dos dados médicos de seus pacientes.

A preocupação maior reside na qualidade desses sistemas de segurança, uma vez que este avanço tecnológico pode apresentar duas faces: a primeira refere-se ao tratamento avançado de certas comorbidades, pois as informações compartilhadas entre equipes médicas, poderão propiciar a utilização de métodos modernos e que trarão grandes benefícios coletivos, mesmo que se utilizando de dados privados. No entanto, em segundo plano, em caso de utilização para outros fins, estar-se-ia diante de uma exposição indevida e de consequências inconcebíveis, conforme leciona Schaefer (2010, p. 54):

A informática médica permite o acesso rápido e seletivo a dados e a informações referentes ao pa-

ciente ou à coletividade, ao alcance e determinação do tratamento, permitindo, inclusive, a atuação em equipe (com profissionais fisicamente distantes). É, portanto, instrumento imprescindível não apenas na atuação individual, mas também, para a própria pesquisa científica e definição de políticas sanitárias.

A inserção de novas tecnologias na área de saúde, embora traga muitas promessas, também provoca preocupações, e uma delas está justamente ligada à digitalização do corpo humano, sua maior exposição e, conseqüentemente, ao problema das informações dele obtidas e do valor a elas atribuído.

Segundo Thissen *et al* (2019), é necessário um sistema de segurança robusto, capaz de minimizar os riscos de possíveis vazamentos de informações, bem como um grau elevado de responsabilidade das pessoas que tratam esses dados, tanto no dia a dia em suas funções, como em possíveis manipulações de informações, durante pesquisas, zelando pela confidencialidade que este tipo de atributo tecnológico deve proporcionar:

Dados confidenciais de pesquisas de saúde precisam ser protegidos contra perda, dano ou liberação indesejada, especialmente quando os dados incluem informações de identificação pessoal, informações protegidas de saúde ou outro material privado. Pesquisadores e profissionais devem garantir privacidade e confidencialidade na arquitetura dos sistemas de dados e no acesso aos dados. Os riscos internos e externos podem ser deliberados ou acidentais, envolvendo perda não intencional, modificação ou exposição. Para prevenir o risco ao permitir o acesso, é necessário equilibrar as preocupações com o fornecimento de um ambiente que não impeça o trabalho.

A LGPD opta por diferenciar os dados pessoais comuns dos considerados sensíveis, os quais são monitorados de maneira mais contundente, pois podem gerar conflitos e discriminação e, portanto, devem ser tratados com extrema cautela.

A manipulação desses dados deve ser efetuada de maneira responsável, pois qualquer deslize pode implicar o desatendimento legal. Com este propósito, vislumbra-se que, dentro de uma empresa que presta serviços médicos ou afins, a orientação aos responsáveis pelas coletas e o conhecimento da lei, propriamente dito, com o devido auxílio da informática com suas inúmeras alternâncias sistêmicas, serão fundamentais para transpor estes desafios.

Os gestores das unidades devem se preocupar com a administração dos riscos apresentados na coleta, guarda, manuseio e descarte dos dados. Na condição de principais responsáveis pela segurança dos dados, devem se precaver, principalmente buscando efetivo controle sistêmico de toda captação das referidas informações, para não ficarem em situação fragilizada diante de possíveis questionamentos futuros por parte das autoridades fiscalizatórias, em caso de vazamento ou utilização indevida.

Fica bastante claro, portanto, que além da implantação de um sistema que neutralize possíveis equívocos ou desleixos no tratamento dos dados pessoais, as pessoas envolvidas na coleta, manutenção, compartilhamento e descarte destes exerçam papel fundamental neste controle. É necessária a criação de áreas específicas para administrar o conteúdo. Desde a simples divulgação do conteúdo da lei em comunicados internos, estabelecendo normas e procedimentos, o próprio incentivo e elaboração de cursos que esclareçam os pontos cruciais do dever de cautela, até mesmo organizar um setor específico de *compliance*², que deve ser responsável pelo estabelecimento de diretrizes de viés único, promovendo a sinergia total entre as áreas.

2 *Compliance*. O termo tem origem no verbo “to comply” (“cumprir”, “obedecer”) (Paz, 2019). É utilizado para definir o estado de estar de acordo com as diretrizes ou especificações estabelecidas pela lei. Portanto, *compliance* descreve o cumprimento de normas e leis.

O objetivo final é o simples atendimento da nova norma, e, ao mesmo tempo, espera-se manter a tranquilidade no desenvolvimento do trabalho diário, visando não comprometê-lo.

A adaptação rápida e sólida à norma deve ser embasada em programas que aparem todo e qualquer tipo de aresta relacionada à confidencialidade desses dados sensíveis do paciente. A atitude dos envolvidos, aliada ao organograma da empresa, (é claro que se o médico atua sozinho em seu consultório, este deverá assumir praticamente todas essas atividades, adequando-se nas devidas proporções) que fatalmente deverá conter alterações, contemplando governança sobre os riscos, controle, políticas de atuação pré-estabelecidas, criação ou aprimoramento da área de *compliance*, estabelecendo e divulgando as novas regras internas, terão papel crucial para atender as demandas da nova lei.

Neste sentido, opinam Thissen *et al* (2019), alertando que existe a necessidade de um planejamento primário, que contemple todas as etapas da manipulação dos dados pessoais, o que certamente irá minorar possíveis contratempos diante da nova lei:

O planejamento da segurança de dados de pesquisas de saúde precisa começar no início do projeto e considerar cuidadosamente uma série de fatores determinantes. Para pequenas empresas e aqueles que são novos em segurança de dados, um bom ponto de partida é identificar o nível de sensibilidade dos dados em geral.

Enfim, é de primordial importância adaptar-se de maneira eficaz e célere, quer nos trâmites internos administrativos, quer nas responsabilidades individuais das pessoas envolvidas no tratamento das informações, cuja privacidade deve sempre ser preservada, o que certamente resultará na salvaguarda dos dados sensíveis do cliente e por consequência no cumprimento das normas ora em vigor.

2 DOCUMENTOS MÉDICOS E A LGPD

O profissional da saúde, em especial o médico, deverá se resguardar, documentalmente, do início ao fim em suas intervenções e procedimentos médicos. É nesse momento que se descobre o quão importante é o correto preenchimento, enriquecido ao extremo de detalhes, do bom e eficaz prontuário médico.

A Resolução n. 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina, define prontuário médico:

Art. 1º - Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.

O prontuário médico deve trazer todas as informações possíveis que envolvam o atendimento do paciente. É nele que se deve fazer constar desde as primeiras consultas efetuadas pelo paciente, as primeiras queixas, exames efetuados, fármacos receitados, enfim deve-se registrar todos os acontecimentos e situações relativas ao estado clínico do paciente e medidas tomadas pelo profissional da saúde para minimizar qualquer efeito mais grave que pudesse ser verificado no decorrer do atendimento.

O cuidado que o profissional da saúde deve ter, relativo a esta documentação, é de primordial importância para que, ao longo do tempo, venha transformar-se num arcabouço da vida clínica do paciente,

de maneira individual e sigilosa. É o que expõe, Schaefer (2010, p. 49):

A documentação clínica é o conjunto de tudo aquilo que dá suporte à história clínica (ex.: exames, atestados, certificados etc.) e que contém um conjunto de dados e informações referentes ao estado de saúde de uma pessoa. O principal documento clínico é o prontuário médico (que pode ser inclusive eletrônico⁸⁸) e que deve ser elaborado individualmente a cada paciente assistido.

O próprio Código de Ética Médica (Resolução n. 2.217 de 27.09.2018, CFM), do Conselho Federal de Medicina, em seu artigo 87, traz a obrigatoriedade da elaboração de prontuário de atendimento por parte dos médicos:

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. § 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Importante ainda salientar que o perfeito preenchimento, legível, desses prontuários poderá ser muito útil futuramente, uma vez que servirá como base de consulta por qualquer outro profissional que venha a ter contato com o paciente, facilitando sobremaneira a condução do caso em questão, pois nele constarão medicações atribuídas, exames, possíveis sintomas alérgicos apresentados pelo paciente, enfim um histórico completo que poderá servir de base para novos atendimentos e uma maior acuracidade nas possíveis intervenções.

Ainda em relação ao Código de Ética Médica do CFM, cumpre informar que se trata de um direito do paciente ter acesso ao prontuário, ter conhecimento de todo o seu conteúdo e inclusive obter cópia do mesmo, caso seja o seu desejo:

Art. 88. Negar ao paciente ou, na sua impossibilidade, a seu representante legal, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Além desse direito material do paciente, o conteúdo do prontuário também gera um direito fundamental de confidencialidade desses dados, que podem ocasionar a exposição do paciente, caso esses sejam manipulados indevidamente. É o que reverbera Schaefer (2010, p. 45):

Os pacientes, ao serem atendidos por quaisquer profissionais da área sanitária, pertencentes à rede pública ou privada, têm o direito a exigir que sua situação seja documentada; bem como, a esses profissionais se impõe tal obrigação. Fato é que o direito à história clínica e à documentação clínica gera um direito fundamental (e geral) à confidencialidade dos dados ali colhidos, que são denominados indistintamente como: dados médicos, dados clínicos ou dados de saúde.

No ponto de vista da segurança para o profissional da saúde, o preenchimento do prontuário de maneira correta e exaustiva, por certo, trará maior tranquilidade ao mesmo, uma vez que em caso de qualquer requisição futura, quer no âmbito administrativo como também na esfera judicial, servirá como documentação de fundamental importância para ser utilizada para desfazer possíveis acusações de responsabilidades ou ainda como diplomas comprobatórios, como bem exemplifica o artigo 89 do Código de Ética Médica do CFM: “liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente.”

Isso ainda sem falar que esses prontuários poderão conter informações que servirão para um avanço da própria Medicina, para a realização de pesquisas e trabalhos científicos, uma vez que muitas vezes é na prática e nas tentativas que acabam apresentando descobertas que transformam e extrapolam os conhecimentos até então tido como únicos. No entanto, esse é um assunto para outro momento.

2.1 Prontuários eletrônicos

A utilização de prontuários eletrônicos por parte dos profissionais da área médica, já foi e continuará sendo objeto de muita discussão ainda pela frente. Embora com parâmetros definidos tanto pela Resolução n. 1.821/2007 do Conselho Federal de Medicina, bem como pela Lei n. 13.787/2018, para alguns ainda é carente de certificação, apontando como principal característica a sua credibilidade reduzida.

No entanto, verifica-se que quaisquer dos diplomas assinalados dá ênfase à possibilidade de utilização do meio eletrônico, como instrumento capaz de satisfazer as reais necessidades que todo o sistema de informação clínica-médica precisa para prestar um bom serviço, bem como manter a integridade e confidencialidade, que devem ser consideradas basilares.

A Lei 13.787/2018 dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente e em seu artigo 1.º demonstra a pacificação do tema: “a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente são regidas por esta Lei e pela Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.”

Estas disposições certificam os procedimentos que haviam sido definidos na Resolução n. 1.821/2007, do CFM, com exceção do artigo 10.º, que foi revogado pela Resolução 2.218/2018, que dizia respeito à emissão de selo de qualidade no quesito segurança sistêmica.

Em substituição a esse selo de qualidade, a Lei 13.787/2018 em seu artigo 2.º § 2.º institui: “No processo de digitalização será utilizado certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro padrão legalmente aceito.”

A Resolução n.º 1.821/2007 do CFM também regula a digitalização dos prontuários em papel, desde que siga os protocolos pré-determinados, tais como a integralidade do documento (a manutenção da originalidade de todas as informações).

Em seu artigo 3.º, a referida resolução, apresenta que, caso o sistema implementado seja dotado de nível de segurança dentro dos patamares exigidos no Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico de Saúde, Art. 3º Autorizar o uso de sistemas informatizados para a guarda e manuseio de prontuários de pacientes e para a troca de informação identificada em saúde, eliminando a obrigatoriedade do registro em papel, desde que esses sistemas atendam integralmente aos requisitos do “Nível de garantia de segurança 2 (NGS2)”, estabelecidos no Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico em Saúde.

Diante das oportunidades apresentadas, cabe a viabilização de tais procedimentos e o mercado já apresentava diversas opções de *softwares* que contemplam o prontuário eletrônico.

Não se trata, porém, de escolha fácil, uma vez que, num primeiro momento, o profissional individual ou até mesmo as clínicas da área da saúde deverão tomar extremo cuidado na escolha, aquisição e posterior implantação desses aplicativos sistêmicos, em especial no quesito de atendimento às normas

de certificação e validação, relacionadas ao aspecto segurança das informações, sempre visando atender as prerrogativas da nova LGPD (artigo 46).

2.2 Armazenamento físico e digital

Toda a regulamentação do armazenamento, tanto físico como digital, da documentação clínica dos pacientes (prontuário médico) foi positivada na Resolução n. 1.821/2007, publicada em 23.11.2007. Resolução 2.218/18, CFM, teve revogado o seu artigo 10.º, colocando fim a possível parceria, que seria viabilizada mediante celebração de convênio entre o CFM e a Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS), para a emissão de um selo de qualidade dos sistemas informatizados para estarem ajustados ao Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico em Saúde.

Embora definida já há um bom tempo, poucos detêm o conhecimento de suas especificidades, porém agora com o advento da LGPD, se tornam importantes ou até mesmo mandatórias, pois em tudo estão relacionadas à nova lei e qualquer descuido no trato, arquivamento, descarte pode ter consequências legais aos responsáveis por esta tarefa.

A boa notícia é que, com o auxílio da tecnologia, o prontuário em papel, ainda que seja comumente utilizado, tende a perder espaço para os arquivos eletrônicos, que certamente possuem um grau de segurança muito maior, notadamente no que tange a possíveis extravios ou arquivamentos equivocados que culminam com a não localização dos mesmos. Ao encontro dessa necessidade preceitua o artigo 2.º da citada resolução:

Art. 2º Autorizar a digitalização dos prontuários dos pacientes, desde que o modo de armazenamento dos documentos digitalizados obedeça a norma específica de digitalização contida nos parágrafos abaixo e, após análise obrigatória da Comissão de Revisão de Prontuários, as normas da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos da unidade médico-hospitalar geradora do arquivo.

§ 1º Os métodos de digitalização devem reproduzir todas as informações dos documentos originais.

§ 2º Os arquivos digitais oriundos da digitalização dos documentos do prontuário dos pacientes deverão ser controlados por sistema especializado (Gerenciamento eletrônico de documentos -GED), que possua, minimamente, as seguintes características: a) Capacidade de utilizar base de dados adequada para o armazenamento dos arquivos digitalizados; b) Método de indexação que permita criar um arquivamento organizado, possibilitando a pesquisa de maneira simples e eficiente; c) Obediência aos requisitos do “Nível de garantia de segurança 2 (NGS2)”, estabelecidos no Manual de Certificação para Sistemas de Registro Eletrônico e em Saúde.

Importante citar que esses arquivos lógicos gerados devem ser mantidos de maneira permanente, assim como devem ser dotados de mecanismos de segurança da informação, quer seja de cunho meramente de conservação e manutenção, como também capazes de inibir possíveis invasões e acessos indevidos aos dados dos pacientes. Essa determinação está positivada no artigo 7.º da resolução: *“estabelecer a guarda permanente, considerando a evolução tecnológica, para os prontuários dos pacientes arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado.”*

Já os prontuários que por alguma razão não puderem ser informatizados terão que ser mantidos em arquivo físico, conforme infere o artigo 8.º da Resolução n. 1.821/2007:

Art. 8º Estabelecer o prazo mínimo de 20 (vinte) anos, a partir do último registro, para a preserva-

ção dos prontuários dos pacientes em suporte de papel, que não foram arquivados eletronicamente em meio óptico, microfilmado ou digitalizado

Essa situação se apresenta, no mínimo, na contramão da nova lei, uma vez que por ser arcaica, e porque não dizer retrógrada, traz consigo uma grande fragilidade no aspecto de segurança, isso sem falar da logística que o caso requer.

É exatamente neste aspecto que o profissional da saúde pode ter problemas com a nova lei. É prudente e necessária a adequação do segmento. O arquivamento dos prontuários é talvez o momento que mais exige cuidados e todos os atores devem estar comprometidos. Desde a recepção até o especialista em informática, passando é claro pelo médico, maior responsável pela obtenção, registros e confidencialidade dos dados. É necessário um esforço neste sentido. Uma boa administração neste momento significará paz e tranquilidade para focar no objetivo maior, que é sem dúvidas o desenvolvimento do trabalho com qualidade e técnica para salvar vidas.

2.3 Eliminação de dados

Não menos importante do que o armazenamento dos prontuários eletrônicos, a eliminação desses também deve ser objeto de preocupação e zelo por parte dos profissionais da saúde em geral, uma vez que esse descarte não poderá ser efetuado sem critérios, ao contrário, necessitam de total cuidado e procedimentos que deverão ser seguidos, visando salvaguardar possíveis inconvenientes futuros.

Novamente invoca-se a Resolução n. 1.821/2007 do Conselho Federal de Medicina, bem como a Lei n. 13.787/2018, para esclarecer os procedimentos que devem ser verificados pelos profissionais da saúde, ao longo de todo o cronograma pré-estabelecido pelos normativos, para que o descarte seja efetuado da maneira correta.

A título de exemplificação, o referido dispositivo alerta em seu artigo 4.º que caso o sistema eletrônico implantado para o tratamento do prontuário não esteja contemplado com a respectiva segurança regulamentar, a eliminação do papel não poderá ser efetuada: “não autorizar a eliminação do papel quando da utilização somente do “Nível de garantia de segurança 1 (NGS1)”, por falta de amparo legal.”

Já o artigo 5.º dispõe sobre as condições necessárias para a precisa eliminação dos prontuários:

Art. 6º No caso de microfilmagem, os prontuários microfilmados poderão ser eliminados de acordo com a legislação específica que regulamenta essa área e após análise obrigatória da Comissão de Revisão de Prontuários da unidade médico-hospitalar geradora do arquivo.

Conforme adiantado, outro dispositivo que esclarece e regulamenta a possibilidade de eliminação dos prontuários, tanto em papel como os já digitalizados, é a Lei n. 13.787/2018, sancionada em 27.12.2018, que ratifica a anunciada resolução:

Art. 6º Decorrido o prazo mínimo de 20 (vinte) anos a partir do último registro, os prontuários em suporte de papel e os digitalizados poderão ser eliminados.

§ 1º Prazos diferenciados para a guarda de prontuário de paciente, em papel ou digitalizado, poderão ser fixados em regulamento, de acordo com o potencial de uso em estudos e pesquisas nas áreas das ciências da saúde, humanas e sociais, bem como para fins legais e probatórios.

§ 2º Alternativamente à eliminação, o prontuário poderá ser devolvido ao paciente.

§ 3º O processo de eliminação deverá resguardar a intimidade do paciente e o sigilo e a confidencialidade das informações.

§ 4º A destinação final de todos os prontuários e a sua eliminação serão registradas na forma de regulamento.

§ 5º As disposições deste artigo aplicam-se a todos os prontuários de paciente, independentemente de sua forma de armazenamento, inclusive aos microfilmados e aos arquivados eletronicamente em meio óptico, bem como aos constituídos por documentos gerados e mantidos originalmente de forma eletrônica.

Ambos os diplomas deixam bastante claras as condições necessárias para o correto descarte dos prontuários. Os responsáveis por essa eliminação de prontuários e, por consequência, de seus dados devem seguir essas orientações à risca, pois além de cumprir os dispositivos das normas, em contrapartida também estarão se adequando às determinações da LGPD (art. 16).

É uma questão de disciplina, tanto o operador³ como o controlador⁴, títulos utilizados pela própria LGPD, devem, de maneira responsável, buscar a excelência no tratamento dos prontuários. Todas as etapas são importantes, a começar pelo registro de informações nos mesmos, a documentação inerente ao processo, o armazenamento e, por fim, o descarte equilibrado e criterioso.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS

A não observância dos dispositivos da nova Lei Geral de Proteção de Dados, poderá acarretar sanções que variam desde uma simples advertência até multas astronômicas que podem chegar a até 50 milhões de reais (artigo 52).

Um aspecto que deve ser objeto de atenção, uma vez que se apresenta no mínimo controverso, é a figura do médico, como responsável pela guarda e tratamento dos dados. Essa dúvida vem da própria lei, que cita os operadores ou coordenadores envolvidos na manipulação do sistema utilizado para o arquivamento eletrônico dos dados. O artigo 42 da LGPD delimita as responsabilidades desses agentes:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

³ Operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

⁴ Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Num primeiro momento, o médico poderia se encaixar tanto como operador e até mesmo como coordenador responsável, uma vez que a responsabilidade da inserção da totalidade das informações, documentações, diagnósticos, prescrições medicamentosas, entre outras, é integral do médico, então possivelmente, em uma discussão jurídica, haveria a ideia da equiparação da função do médico com a do operador ou do coordenador.

Assevera-se, então, que o profissional médico, por analogia, responderia solidariamente, tanto com o operador como com o controlador por possíveis descumprimentos da norma. Neste sentido, cabe uma atitude bastante conservadora deste profissional, principalmente ao escolher um dispositivo eletrônico confiável, dotado de aplicativo de segurança eficaz, bem como se acercar de pessoas responsáveis o suficiente para garantir a incolumidade dos prontuários eletrônicos e por consequência os dados nele inseridos, aspectos que já foram objeto de estudo em tópicos anteriores.

A LGPD não apresenta de forma clara que os atores envolvidos estariam sujeitos a responsabilidade objetiva ou subjetiva.

A doutrina também está dividida, sendo que alguns autores se posicionam para o lado objetivo da responsabilidade e outros, de maneira contrária, optam por inferir que a legislação traz um modelo de responsabilidade subjetiva.

Neste sentido, assevera Gondim (2021 – p. 25) que o legislador foi omissivo na LGPD, no ponto de vista de definição sobre a modalidade de responsabilidade a ser aplicada, se objetiva ou subjetiva:

Outro ponto que merece atenção para a análise sobre o tema e como restou previsto na LGPD, é que o legislador se omitiu em um relevante ponto para a aplicação prática da responsabilidade, que se trata da avaliação sobre se será uma responsabilidade subjetiva (com a de comprovação de culpa) ou objetiva (independentemente de culpa).

Ao se omitir, a primeira conclusão é de que estaria inserida na regra geral da responsabilização subjetiva, uma vez que, para afastar o pressuposto da culpa, a conduta deve estar prevista em lei ou importar em atividade de risco (art. 927 do Código Civil⁵). Mas, há divergência sobre o tema.

Para Faleiros *et al* (2019 - p. 220), a definição do tipo de responsabilidade civil, está relacionada ao contexto e não somente ao fato. Existe a necessidade de análise aprofundada de todas as particularidades do possível ilícito praticado no tratamento de dados:

Significa dizer que, para além de diversas situações específicas e evidentemente danosas, é de se esperar que a averiguação de eventual violação – especialmente para fins de aferição da responsabilidade civil – transcenda a mera verificação objetiva do fato e adentre aos meandros contextuais do dano e da utilização do dado.

5 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27 janeiro 2022.)

Moraes *et al* (2021 – p. 130) afirmam que se trata de um novo sistema de responsabilidade civil. E esse novo sistema de responsabilidade, que vem sendo chamado de “responsabilidade ativa” ou “responsabilidade proativa”, encontra-se indicado no inciso X do art. 6º da LGPD, que determina às empresas que não é suficiente cumprir os artigos da lei; será necessário também demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas. Portanto, “não descumprir a lei, não é mais suficiente”.

O artigo 43 da LGPD demonstra as excludentes de responsabilidade dos agentes de tratamento dos dados. Isso significa que, se foram esgotadas as possibilidades de tentativas de salvaguardar a integridade dos dados, não haveria punição:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;

II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou

III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Ainda sobre o aspecto de responsabilidade, é importante demonstrar quais as circunstâncias mais relevantes, que devem ser objeto de inquietação por parte dos profissionais da saúde envolvidos no tratamento de dados. O artigo 44 da LGPD esclarece essas deliberações:

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

No mesmo artigo, em seu parágrafo único, mais uma vez a LGPD ratifica a necessidade de utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, alertando ainda que o responsável: “*responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.*”

Entende-se então que a lei, de uma maneira geral, aponta para uma responsabilidade subjetiva do operador, e por analogia do médico.

Parece ser esse o melhor caminho a ser seguido, muito embora exista uma distância considerável entre dados pessoais e os considerados dados sensíveis, que, por suas características, deveriam estar envoltos por um manto de segurança de maior envergadura, devido às consequências que podem ocasionar.

Procura-se, enfim, alertar aos profissionais médicos para os aspectos de diligência que o assunto requer, essencialmente no quesito relativo às medidas de proteção que devem ser implantadas, visando preservar qualquer possibilidade de vazamento de informação, inerente aos prontuários e por consequência a dados do paciente.

Aparentemente, assim procedendo, o médico estaria protegido pelas excludentes de respon-

sabilidade, apontadas nos artigos 43 e 44 da LGPD. Ao menos até que estas dúvidas de interpretação, em especial por parte da doutrina, sejam dirimidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diretrizes estão na mesa. Acredita-se que o assunto é objeto de apreensão por parte dos profissionais da saúde. Não que seja uma matéria desconhecida por parte da classe, pois o tratamento de dados, o sigilo profissional, a relação médico-paciente, e até mesmo as responsabilidades advindas da temática, já é de domínio dos mesmos. Essa carga somente foi majorada com o advento da nova Lei Geral de Proteção de Dados e porque não dizer das sanções que podem ser impostas.

E é voltado exatamente para reduzir esta preocupação, que se procura nesta pesquisa apresentar ingredientes favoráveis para minimizar futuras consequências indesejáveis. Para tanto, será necessária a utilização de meios eletrônicos confiáveis, a exemplo da implantação de sistemas robustos de segurança, que possam proporcionar a tranquilidade para o tratamento dos dados do paciente e ao mesmo tempo atender aos dispositivos da lei. São providências imperativas que, por certo, trarão serenidade aos profissionais para se dedicarem de maneira focada nas duas atividades.

Portanto, são tomadas de decisão que devem ser priorizadas neste momento, sobretudo porque terão reflexos imediatos no dia a dia do profissional. Providenciada a adequação à nova lei, todos os esforços, então, poderão ser canalizados para o desenvolvimento profissional.

É fato de que o controle de dados clínicos não depende tão somente da atuação individual do profissional da saúde. Este trabalho deverá ser elaborado em equipe, desde a recepcionista, do médico atendente, da área da informática, do departamento de logística. Trata-se de um esforço coletivo que, se bem estruturado, tende a apresentar resultados amplamente satisfatórios.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade da conscientização de todos os envolvidos no tratamento de dados. As pessoas devem estar engajadas, devidamente orientadas e conhecedoras da legislação. O comprometimento dos atores, aliado à implementação da tecnologia, pode levar ao incontestável, e, portanto, não passíveis de quaisquer sanções.

Diante deste caminho sem volta e de algumas nuances tornadas visíveis neste trabalho, o aspecto de maior relevância, ou que ao menos pareça merecer um certo destaque, está relacionado à capacidade do profissional da saúde em saber enfrentar esses desafios que a LGPD impõe. Essa responsabilidade que a lei delega aos envolvidos, independentemente se de cunho objetivo ou subjetivo, por si só, faz com que cresça a necessidade do comprometimento com a causa, e por consequência seja aguçada a cumplicidade entre eles, desde a recepcionista, do próprio médico, do operador, do controlador, enfim dos agentes de tratamento de dados, esperando-se que tal missão resulte como cumprida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA** Resolução CFM N.º 2217 de 27/09/2018. Acesso em: 16 dez 2021. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>

BRASIL. **LEI FEDERAL 13787/2018** de 27 de setembro de 2018. Acesso em 15 nov 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13787.htm

BRASIL. **RESOLUÇÃO 1821/2007 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**. Acesso em 17 jan 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821>

BRASIL. **RESOLUÇÃO 1638/2002 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**. Acesso em 16 jan 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638>

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)**. (Redação dada pela Lei nº 13.853 de 2019). Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Acesso em 17 nov 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. LONGHI, João Víctor Rozatti. **ESTUDOS ESSENCIAIS DE DIREITO DIGITAL**. Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Uberlândia, 2019.

GODIM, Glenda Gonçalves. **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO USO DOS DADOS PESSOAIS**. Revista IBERC v. 4, n. 1, p. 19-34, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.140>. Acesso em: 27 jan 2022. Disponível em: www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc.

MORAES, Maria Celina Bodin de. QUEIROZ, João Quinelato de. **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: PRIVACIDADE VERSUS AVANÇO TECNOLÓGICO**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, Cadernos Adenauer xx (2019), nº3, outubro 2019. Acesso em: 27 jan 2022. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/download/140/119/>.

PAZ, Nathalia. **O QUE É COMPLIANCE?** Idblog. dez. 2019. Acesso em: 17 dez 2021. Disponível em: <https://blog.idwall.co/o-que-e-compliance/>.

SCHAEFER, Fernanda. **TELEMÁTICA EM SAÚDE E SIGILO PROFISSIONAL**. 2010. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **O CONSENTIMENTO NA CIRCULAÇÃO DE DADOS PESSOAIS**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBD. Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.03.005. Acesso em 27 jan 2022. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/521/389>.

THISSEN, M. Rita; MASON, Katherine M. **PLANNING SECURITY ARCHITECTURE FOR HEALTH SURVEY DATA STORAGE AND ACCESS**, Health Systems, 9:1, 57-63, 2020. DOI: 10.1080/20476965.2019.1599702. Acesso em 15 nov 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32284851/>.

ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL: SOLUÇÃO DIALOGADA PARA AS DISTORÇÕES NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO?

Ana Carolina Ali Garcia¹

RESUMO

O presente artigo traz uma análise dogmática das obrigações pecuniárias pela exploração de petróleo e gás natural: participação e compensação financeira, diferenciando, a partir do texto constitucional, suas naturezas e normas de incidência, e, na sequência, parte para o detalhamento das regras atuais de rateio dos royalties e sua subsunção em uma dessas categorias de obrigações, sob um olhar voltado, também, para as leis ordinárias regulamentadoras. Uma rápida pesquisa jurisprudencial revela que a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, suspendendo dispositivos da Lei Federal nº 12.734/2012, que alteram o critério de rateio dos royalties, conflita com julgados da Corte que têm por objeto a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM e a compensação ambiental, os quais serão objeto de análise crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Royalties de petróleo e gás natural. Participação. Compensação. Regras de rateio. Federalismo fiscal.

INTRODUÇÃO

A expectativa de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ações que discutem as regras de rateio dos royalties e sua subsunção como participação ou compensação financeira ganhou novo contorno com a decisão da ministra Cármen Lúcia, datada de 12 de junho de 2023, que, invocando “o alto significado do tema e a imprescindibilidade do diálogo e da cooperação institucionais para a solução dos conflitos federativos” determinou o encaminhamento de todas as ações diretas de inconstitucionalidade (nºs 4916/DF; 44.917/DF; 4.918/DF; 4.920/DF; 5.038/DF e 5.621/DF) ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios da Suprema Corte (CESAL/STF) para a tentativa de solução dialogada da controvérsia.

O que se verifica, desde a edição da Lei nº 12.734/2012 e da sua não aplicação, por força da cautelar que perdura há 10 (dez) anos, é uma distorção no federalismo fiscal brasileiro, ante a ausência de partilha de recursos advindos da exploração de uma riqueza nacional entre todos os legitimados.

¹ Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, e, atualmente, exerce o cargo de Procuradora-Geral do Estado. Possui formações acadêmico-científicas de Bacharelado em Direito, pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB); MBA em Parcerias Público-Privadas e Concessões, Master of Business Administration, pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo; Pós-Graduação em Direito Tributário, pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; e concluiu o Programa de Desenvolvimento de Conselheiros (PDC), pela Fundação Dom Cabral. Iniciou a carreira profissional no ano de 2001, com aprovações em processos seletivos e concursos públicos. Desempenhou funções na Advocacia Pública e Privada. Enquanto Procuradora do Estado, atuou em cargos de chefias e consultora legislativa. Nomeada, em 2022, para o cargo de Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e, em 2023, novamente nomeada, pelo atual Governador do Estado, para a Direção da PGE/MS, cargo que exerce até os dias de hoje..

1. LEI Nº 12.734/2012: LINHAS GERAIS DO RATEIO

Na combatida Lei nº 12.734/2012, o legislador determinou, linhas gerais, fosse a distribuição dos royalties do petróleo e gás natural realizada, por meio de alíquotas decrescentes, nessa ordem, em favor dos: (i) Estados produtores ou confrontantes; (ii) Municípios produtores ou confrontantes; e (iii) Municípios afetados por operações de embarque e desembarque. Em relação a esses destinatários, a participação no rateio dá-se, independentemente, de a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial e de se realizar em áreas de pré-sal ou não, bem como em relação à parcela dos royalties que exceda ou não a 5% (cinco por cento) da produção.

Estabeleceu o legislador, na sequência, alíquotas em favor do (i) Fundo Especial dos Estados e Distrito Federal e do (ii) Fundo Especial dos Municípios para distribuição entre todos os entes que os integram, respectivamente, quando se tratar de exploração nas áreas de pré-sal (alíquota de 25% se a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre; e de 24,5% quando a exploração se der na plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial) ou nas camadas superiores apenas quando a exploração ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (alíquota de 20%).

E, por fim, fixou percentual em favor da União, vinculado a um Fundo Social. Inferindo-se do texto legal que desse rateio só não participa a União quando, cumulativamente, a exploração ocorrer: nas áreas fora do pré-sal; em terra, rio, lago, ilha fluvial ou lacustre; e em relação à parcela dos royalties não excedente a 5% (cinco por cento) da produção.

Como se vê, identificados na lei os legitimados, incidem, ainda, vários subcritérios para o rateio dos royalties: (i) se a exploração ocorre em áreas de pré-sal ou não; (ii) se a exploração se dá em lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva; (iii) se a parcela dos royalties paga pelos concessionários supera ou não 5% do volume total da produção.

Merece destaque, ainda, o regime de transição de 7 (sete) anos previsto pela Lei nº 12.734/2012, que dispõe, gradualmente, até o ano de 2019, uma diminuição das alíquotas referentes à participação dos chamados Estados, Distrito Federal e Municípios produtores ou confrontantes e um aumento das alíquotas estabelecidas em favor dos Fundos Especiais dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

A seguir, quadro demonstrativo (GOBETTI, 2023) que sintetiza, em linhas gerais, a regra de transição prevista para o rateio dos royalties, de acordo com a Lei nº 12.734/2012:

Tabela 1 - Regra de transição para repartição dos royalties e participação especial prevista pela Lei 12.734:

Royalties mar	Ano-base	1º ano	2º ano	3º ano	4º ano	5º ano	6º ano	7º ano
Estados confrontantes	26,25%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Municípios confront. /área geoeco.	26,25%	15%	13%	11%	9%	7%	5%	4%
Mun. afetados p/ desembarque	8,75%	3%	3%	3%	3%	2%	2%	2%
Fundo especial Est. (FPE)	1,75%	21%	22%	23%	24%	25,5%	26,5%	27%
Fundo especial Mun. (FPM)	7%	21%	22%	23%	24%	25,5%	26,5%	27%
União	30%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
Part. Especial (PE)	Ano-base	1º ano	2º ano	3º ano	4º ano	5º ano	6º ano	7º ano
Estados confrontantes	40%	32%	29%	26%	24%	22%	20%	20%
Municípios confrontantes	10%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	4%
Fundo especial Est. (FPE)	-	10%	11%	12%	12,5%	13,5%	14,5%	15%
Fundo especial Mun. (FPM)	-	10%	11%	12%	12,5%	13,5%	14,5%	15%
União	50%	43%	44%	45%	46%	46%	46%	46%

Veja-se agora outro quadro (GOBETTI, 2023) com a comparação entre o cenário atual e o previsto pela regra de transição, caso ela tivesse se efetivado (transição essa que não ocorreu por força da decisão liminar proferida na ADI nº 4917, conforme acima citado):

Tabela 2 - Cenário atual vs. cenário alternativo em que vigorasse a Lei 12.734/2012 (em R\$ milhões):

Situação atual (A)	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Royalties	16.309	18.531	13.856	11.837	15.302	23.377	23.455	22.819	37.818	59.652
Part Especial	15.497	16.828	10.680	5.911	15.168	29.608	32.556	23.888	39.664	57.633
Total	31.806	35.359	24.536	17.748	30.470	52.985	56.011	46.707	77.482	117.285
Cenário atual										
União	12.349	13.667	9.282	6.312	12.022	21.596	23.158	18.435	31.075	42.804
Estados conf.	11.032	12.187	8.317	5.786	10.450	18.463	19.550	15.967	26.383	39.400
Municípios conf/afetados	7.131	8.024	5.817	4.688	6.733	10.982	11.342	10.399	16.850	29.920
Fundo Especial	1.294	1.481	1.120	962	1.266	1.944	1.960	1.887	3.174	5.162
Estados (FPE)	259	296	224	192	253	389	392	377	635	1.032
Municípios (FPM)	1.035	1.185	896	769	1.012	1.555	1.568	1.509	2.539	4.130
Cenário nova lei										
União	11.330	11.493	7.929	5.364	10.287	18.622	19.948	15.927	26.195	38.864
Estados conf.	9.657	8.647	5.604	3.830	6.437	10.649	11.247	9.401	15.558	23.524
Municípios conf/afetados	5.388	3.759	2.447	1.708	2.146	3.145	2.741	2.366	3.898	5.931
Fundo Especial	5.431	11.459	8.556	6.846	11.600	20.568	22.075	19.013	31.831	48.966
Estados (FPE)	2.522	5.730	4.278	3.423	5.800	10.284	11.037	9.507	15.915	24.483
Municípios (FPM)	2.910	5.730	4.278	3.423	5.800	10.284	11.037	9.507	15.915	24.483

Gobetti (2023) estima que ao longo dos 10 (dez) anos nos quais o mencionado regime de transição ficou suspenso, os Estados tenham deixado de receber cerca de R\$ 89 bilhões de reais pelo Fundo de Participação dos Estados (FPE).

O autor prossegue ponderando que, a pretexto de um suposto princípio constitucional implícito, segundo o qual apenas os entes confrontantes teriam exclusividade ou direito a uma parcela maior dos recursos, houve um distanciamento em relação ao próprio conceito dos royalties, que são uma compensação ao proprietário do recurso natural finito (por sua exaustão progressiva), e não uma compensação exclusivamente pelos impactos socioeconômicos e ambientais.

O que se verifica, desde a edição da Lei nº 12.734/2012 e da sua não aplicação por força da decisão liminar do Supremo é a perpetuação da concentração de recursos, em afronta aos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º da Carta Magna de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “garantir o desenvolvimento nacional”.

Com efeito, a forma de distribuição dos recursos preconizada na lei de 2012, apresenta-se, também nos ensinamentos de Gobetti (2023), como “a melhor alternativa que dispomos no momento para amenizar a concentração dos royalties do petróleo, não se justificando que permaneça suspensa pelo STF depois de uma década.”

2. CONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE RATEIO DOS ROYALTIES DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

A discussão acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 foi levada ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente, pelos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 4.916; ADI nº 4.917; e ADI nº 4.918; e ADI nº 4.920), tendo a Exma. Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática datada de 18 de março de 2013, concedido a cautelar nos autos da ADI nº 4917/MC para suspender os dispositivos impugnados da referida lei, acolhendo a tese do Governador do Estado do Rio de Janeiro, sob, em síntese, os seguintes fundamentos:

a) o legislador ordinário desconsiderou a natureza indenizatória dos royalties ao subtrair dos entes produtores ou confrontantes valores compensatórios que lhes seriam devidos pelos danos suportados pela exploração do petróleo;

b) a vinculação dos royalties aos chamados entes produtores ou confrontantes acomoda-se ao regime tributário do ICMS nas operações interestaduais com petróleo e derivados, já que o titular do tributo é o Estado de destino e não de origem do produto; e

c) a aplicação imediata das novas regras de rateio aos contratos de concessão vigentes afronta a segurança jurídica.

À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é assegurada, pela Constituição Federal, nos termos da lei, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração (art. 20, §1º, CF).

O §1º do art. 20 da CF é o dispositivo central objeto do debate e exige uma leitura sistemática com o *caput* e os incisos V, VI e IX do referido art. 20, bem como com o §1º do art. 176 e o inciso I do art. 177, todos da CF, para se extrair a seguinte norma: se a União explorar petróleo e gás natural deve partilhar com os demais entes da federação as receitas auferidas com essa atividade econômica, por meio da participação no resultado da exploração, ou deve compensá-los financeiramente por essa exploração, nos termos da lei.

Partindo da leitura sistemática proposta, concluímos que o petróleo e o gás natural, enquanto espécies de recursos minerais, são bens da União e que, havendo a exploração dessas riquezas, direta ou indiretamente (concessão ou permissão), deve a União partilhar com os demais entes da federação uma parcela das receitas auferidas, por meio da “participação no resultado da exploração”, ou deve compensá-los financeiramente pelos impactos acarretados pela atividade.

O constituinte, ao assegurar, no §1º do art. 20, “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural (...) ou compensação financeira por essa exploração” valeu-se do conectivo “ou” na função de disjuntor incluyente, admitindo a instituição de uma ou de ambas as obrigações, simultaneamente, nos termos do que vier a dispor a lei ordinária. Participação e compensação financeira são obrigações com naturezas jurídicas distintas e decorrentes de fatos causais diversos, de maneira que uma não substitui tampouco exclui o direito ao recebimento da outra.

Dos textos constitucionais invocados, extraímos a existência de 03 (três) categorias de relações obrigacionais. A primeira, de natureza contratual, entre a União, titular dos recursos minerais, e o concessionário que exercerá a atividade de exploração; e as outras, entre a União, titular dos recursos minerais, e os Estados, Distrito Federal e Municípios, sob 02 (duas) espécies: participação e compensação financeira.

Destinchando as características principais dessas duas modalidades obrigacionais, construímos suas normas de incidência: (i) participação: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros (distribuição de riquezas nacionais); e (ii) compensação financeira: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos,

deve compensá-los (indenização).

Participação no resultado da exploração não possui qualquer nexo de causalidade com danos advindos da atividade econômica; ao revés, os impactos econômicos e socioambientais causados no local ou na região afetada pela atividade são elementos que devem compor, necessariamente, apenas, a hipótese de incidência da norma de compensação financeira.

Quanto aos legitimados ao recebimento da compensação financeira, restringimo-nos, fundamentalmente, aos entes federados que tenham sofrido danos (causalidade e proporcionalidade). Já na sujeição ativa da norma de participação, inserimos todos os entes federados, demonstrando, por inúmeras razões jurídicas, que não está o legislador atrelado a nenhuma condicionante – especialmente aquela relacionada à posição geográfica do ente em relação ao local da exploração – quando visa a disciplinar mera partilha da contraprestação exigida pela exploração lucrativa do patrimônio público federal.

A obrigação pecuniária exigida pela exploração de petróleo e gás natural é chamada, pelo legislador ordinário, de royalties, conceituados legalmente como sendo compensação financeira. Colha-se o teor do §1º do art. 42 da Lei nº 12.351/2010 (na redação dada pela Lei Federal nº 12.734/2012):

os royalties (...) correspondem à compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do §1º do art. 20 da Constituição Federal. (...) (grifamos)

Como se sabe, para a definição da natureza da obrigação é irrelevante a denominação conferida. Sobre o tema, corroborando essa lição, julgado da Corte Suprema:

*Cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4º, I, CTN, que adverte da *irrelevância da denominação dada à exação*. (BRASIL, 2001)*

Haverá norma jurídica onde houver a seguinte mensagem: se o antecedente, então, deve-ser o consequente. É sobre essa estrutura que Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 239) traça o esquema denominado regra-matriz de incidência, destacando na hipótese de incidência (antecedente): o critério material, o critério espacial e o critério temporal; e no consequente tributário: o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

A partir da estruturação lógica da obrigação com dados positivos, isto é, com os elementos da lei, torna-se possível identificar sua natureza jurídica, especialmente com a conjugação de 02 (dois) destes elementos, quais sejam, o critério material e a base de cálculo.

O cálculo dos royalties, pela exploração de petróleo e gás natural, desde a sua origem, tem sido efetuado, por determinação legal, com base no volume total da produção, sem qualquer relação com a ocorrência de dano (art. 47 da Lei nº 9.478/1997 e art. 42 da Lei nº 12.351/2010, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012)

Levando em conta a regra civilista de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (caput do art. 944 do Código Civil), para que os royalties ostentassem natureza indenizatória necessário seria que a lei ordinária tivesse estabelecido uma fórmula de cálculo proporcional à extensão dos danos, reveladora dos impactos trazidos pela atividade, na seara social, econômica e ambiental, e não fixado per-

centuais incidentes sobre o volume da produção, como o fez.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, com propriedade, questão similar ao analisar a natureza da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM e decidir que a sua incidência sobre o faturamento líquido da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento desnatura-a como compensação e a qualifica como participação no resultado da exploração, sendo de so- menos importância a denominação dada. Vejamos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Na verdade – na *alternativa* que lhe confiara a Lei fundamental– o que a Lei 7.990-1989 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que ‘a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral’ não foi verdadeira compensação financeira: foi sim, genuína ‘participação sobre o resultado da exploração’, entendido o resultado não como o lucro do operador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, §1º, e do art. 176, §2º, da Constituição, verbis:

(...)

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da Lei 7.990-89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento.

Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira ‘participação nos resultados’ da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de ‘compensação financeira’ pela mesma exploração– outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição (...). (BRASIL, 2001) (grifamos)

Absteve-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento acima citado, de enfrentar, com definitividade, a questão dos legitimados ao recebimento da CFEM enquanto participação no resultado da exploração, sob o argumento de que se tratava de “*tema sem interesse para o deslinde da causa*”, mas sinalizou uma linha de pensamento que vai ao encontro do raciocínio por nós defendido, ao registrar, com acerto, que “impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, §1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério” e quanto a “não parecer unívoca essa interpretação da lei”.

Régis Fernandes de Oliveira (2010), analisando, também, a compensação financeira disciplinada pela Lei nº 7.990/1989, entendeu que, embora o legislador a tenha conceituado como compensação financeira tratou de verdadeira participação, outra alternativa dada pelo texto constitucional. A pretexto:

Não haveria como disciplinar nova partilha, por outra lei, de forma a ensejar participação, uma vez que a Lei 7.990/89 *fala em compensação, mas dispõe sobre partilha*. Nem por outro motivo é que fala em produção particular, onde não há se falar em compensação, mas *há participação no faturamento por parte dos entes federativos*. (...). (grifamos) (OLIVEIRA, 2010, p. 248)

De fato, o legislador ordinário, ao disciplinar a cobrança da CFEM com base no faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento (Art. 6º da Lei nº 7.990/89) imputou-lhe natureza de participação no resultado da produção e não de compensação financeira, já que elegeu grandeza vinculada à eficiência e ao aparato da concessionária e não ao prejuízo sofrido, sendo irrelevante a denominação dada.

Forte nos precedentes jurisprudenciais citados, esboçamos raciocínio comparativo entre os royalties e a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais– CFEM para reforçar a conclusão de que, uma vez que aqueles são calculados, segundo a lei ordinária, sobre o volume total da produção, grandeza essa desatrelada aos danos trazidos pela exploração, revestem a natureza de participação

e não de compensação financeira, independentemente da denominação legal dada.

As linhas gerais de rateio dos royalties trazidas pela Lei nº 12.734/2012 referendam a conclusão de que a obrigação veiculada no referido diploma ostenta natureza de genuína participação no resultado da exploração e, como tal, legitima o rateio entre todos os entes da federação, por meio de um Fundo Especial, como consta na lei, independentemente de suas posições geográficas em relação ao local da produção, sem representar qualquer afronta ao texto constitucional.

Ressalvamos, no entanto, a possibilidade de o legislador ordinário vir a instituir outra obrigação, com verdadeira natureza de compensação financeira pelo aproveitamento de petróleo e gás natural, visando à indenização dos entes impactados pela atividade, mediante a fixação na lei de um critério quantitativo da obrigação revelador da extensão dos danos experimentados.

Ainda, o STF, em ação de controle de constitucionalidade (ADI nº 3.3786/2008), já reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento.

Declarou a Corte a inconstitucionalidade parcial do §1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, para excluir do texto a expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, afastando a alíquota mínima prevista (0,5%) e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, por não refletirem a extensão do dano e descaracterizarem a natureza indenizatória do instituto, mantendo, no entanto, a obrigatoriedade do pagamento antecipado de uma compensação ambiental pelo empreendedor, a ser calculada pelo órgão ambiental.

A almejada conciliação da exploração de petróleo e gás natural com a conservação ambiental possui instrumentos de controle ambiental específicos que servem para prevenir e/ou mitigar os danos decorrentes da atividade, como a compensação ambiental e a reparação *in natura*.

A essência desses mecanismos de proteção ambiental assegura que o fato de a atual legislação dos royalties do petróleo e gás natural não ter prescrito uma obrigação com genuína natureza indenizatória – eis que optou o legislador pela alternativa presente no texto constitucional, qual seja, participação no resultado da exploração – não coloca os danos ambientais à margem de indenização pelo infrator no desenvolvimento da atividade petrolífera.

Com essa linha de pensamento, refutam-se, um a um, os argumentos que embasam a decisão cautelar que suspendeu os dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que tratam de redistribuir os royalties entre os entes da federação.

Primeiro, porque a tese de que teria o legislador desconsiderado a natureza indenizatória dos royalties ao subtrair dos entes produtores valores compensatórios pelos danos que a atividade lhes acarreta não se sustenta diante da conclusão de que os royalties, nos termos previstos na legislação ordinária, revestem a natureza de participação no resultado da exploração e não de compensação financeira. Logo, sua entrega aos Estados, Distrito Federal e Municípios não está vinculada aos impactos trazidos pela atividade, retratando verdadeira partilha dos resultados da exploração de uma riqueza nacional, segundo critérios estabelecidos pelo legislador ordinário.

Segundo as disposições da Lei nº 4.320/1964, a participação, para a União, classifica-se como receita corrente patrimonial e, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como receita corrente transferida de natureza não tributária. Já a compensação financeira apresenta-se como receita originária dos entes federados que sofreram danos, com destaque para a observação que, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não se pode classificá-la como receita patrimonial – como o é para a União, titular do patrimônio – subsumindo-se à hipótese de receita corrente, na espécie outras receitas correntes.

Ao atestar a natureza indenizatória dos royalties, sem olhar para sua base de cálculo, a cautelar analisada revela decisão conflitante, *mutatis mutandis*, com precedentes jurisprudenciais daquela Corte, objeto de rápida análise neste artigo.

A uma, com a decisão colegiada (RE nº 228.800-5/DF) que, acertadamente, qualificou a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM como participação, independentemente da denominação legal, exatamente pelo cálculo do seu valor estar atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, qual seja, o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a sua última fase de beneficiamento.

E, a duas, com o acórdão prolatado em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3.378-6/DF) que reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento, afastando a alíquota mínima e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, previstas na lei, sob o fundamento de que esse critério quantitativo não reflete a extensão do dano e descaracteriza o cunho reparador da obrigação.

Ora, para que se pudesse vislumbrar coerência em suas decisões, e, especialmente, fidelidade à Constituição Federal, só restariam ao Supremo Tribunal Federal 02 (dois) caminhos na análise das legislações que tratam dos royalties:

a) ou reconhecer que a obrigação não tem natureza indenizatória porque o cálculo do seu valor está atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, sem, com isso, declarar a inconstitucionalidade da lei, eis que passível de subsunção da obrigação na alternativa prevista no texto constitucional, qual seja, a participação, independentemente do conceito legal;

b) ou afastar, por vício de inconstitucionalidade, a base de cálculo eleita pelo legislador, por não refletir a extensão dos danos acarretados pela atividade e, assim, desnaturar o perfil indenizatório almejado, exigindo-se a adequação legal do critério quantitativo para a incidência da norma da compensação financeira.

Na sequência, o fundamento da cautelar em voga no sentido de que a aplicação imediata das novas regras de rateio dos royalties aos contratos de concessão vigentes causa insegurança jurídica restou, também, esvaziado diante da identificação e diferenciação das 03 (três) categorias de relações obrigacionais derivadas do texto constitucional, hábil a demonstrar que a repactuação da distribuição dos royalties entre, de um lado a União, e, de outro, os demais entes da federação, em nada atinge aquela relação contratual inaugural, firmada entre a União e o concessionário, da qual não participam os demais entes políticos, eis que inserida no campo das decisões políticas da União.

E, por fim, a pretensão do aplicador do direito de vincular a norma constitucional de incidência

do ICMS nas operações interestaduais envolvendo petróleo e gás natural com o critério de distribuição dos royalties, sob o pretexto de trazer um suposto equilíbrio na distribuição de receitas de naturezas diversas, não encontra autorização no texto constitucional, tampouco o Judiciário encontra-se legitimado a afastar determinada garantia constitucional dos entes políticos – participação ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural – pelo simples fato de serem esses entes detentores, também, de outros privilégios constitucionais previstos para matérias distintas, no caso, a regra de incidência do ICMS nas operações com petróleo e gás natural.

E, levando-se em conta que se avizinha uma possível reforma tributária (PEC`s nº 45/2019 e nº 110/2019), é pertinente lembrar que também ela (a reforma tributária), por adotar o modelo de tributação sobre o consumo, baseado no critério do destino, auxiliará a mitigar as distorções no federalismo fiscal até aqui abordadas.

A essa altura resta claro que nos alinhamos à posição de que os royalties, nos termos em que previstos nas legislações ordinárias vigentes, enquadram-se na alternativa lançada pelo constituinte para a hipótese de exploração de petróleo e gás natural, qual seja, a participação no resultado da exploração, independentemente do conceito legal atribuído (compensação financeira), não materializando qualquer incompatibilidade com o art. 20, §1º, da Constituição Federal a destinação das receitas dos royalties aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios diversos do local da exploração de petróleo e gás natural ou detentores de territórios que confrontem com tal atividade, como o fez a Lei nº 12.734/2012.

CONCLUSÃO

Os argumentos expostos no presente artigo nos revelam a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal avalie o tema dos royalties de petróleo e gás natural sob uma ótica que dê o devido espaço para o federalismo fiscal e que esteja atento aos efeitos gerados por uma decisão cautelar que perdura há uma década.

Isso porque o petróleo e o gás natural são bens da União e a respeito deles pode haver duas regras matrizes aplicáveis. (i) participação: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros (distribuição de riquezas nacionais); e (ii) compensação financeira: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos, deve compensá-los (indenização).

A participação no resultado independe de quaisquer danos causados pela atividade econômica. Por seu turno, a compensação ocorrerá nos casos em que forem verificados danos no local afetado pela atividade, a fim de mitigar os impactos econômicos e ambientais por ela causados.

A coexistência dessas duas normas de incidência é corroborada pelo conectivo “ou” prescrito no art. 20, §1º, da Constituição Federal que atua na função de disjuntor excludente, ou seja, permitindo a ocorrência de ambas as normas de incidência em conjunto ou separadamente.

Em um estudo comparativo com o que restou decidido pelo próprio STF em caso semelhante,

no qual se apreciou a constitucionalidade da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais– CFEM, restou confirmada a conclusão de que: a despeito da nomenclatura dada, a CFEM reveste-se de natureza de participação e é calculada sobre o volume total da produção, ou seja, desatrelada de possíveis e eventuais danos.

Essa análise da jurisprudência da Corte Suprema nos permite referendar o raciocínio segundo o qual os critérios de rateio previstos na Lei nº 12.734/2012 tem como razão de ser a participação de todos os entes federados na exploração dos bens (petróleo e gás natural) independentemente de sua localização geográfica e de terem sofrido ou não danos econômicos ou socioambientais.

De todo modo, revela-se urgente a necessidade de que o STF revise o tema de maneira adequada, a fim de evitar que os prejuízos sofridos pelos Estados ao longo da última década se perpetuem por ainda mais tempo, afrontando as bases de nosso federalismo fiscal.

Ao voltarmos nossos olhares para um futuro próximo, percebemos que um deslinde para o tema se aproxima, haja vista a decisão chamando os atores para o *diálogo e a cooperação institucional visando à solução dos conflitos federativos em ambiente próprio voltado à solução dialogada da controvérsia*.

O rito proposto reacende a esperança de que serão amenizados os deletérios efeitos gerados pela cautelar ao longo da última década, que acarretaram enormes prejuízos não apenas a um ou outro Estado, mas ao federalismo como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 228.800-5/DF**, 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília de 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOBETTI, Sérgio Wulff. **Royalties do petróleo: uma década perdida para estados e municípios**. 2023. Blog do IBRE (Política Tributária). Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/royalties-do-petroleo-uma-decada-perdida-para-estados-e-municipios>. Acesso em: 12 abr. 2023.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FERRAMENTA DE ESCUTA ATIVA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR

COMPETITIVE DIALOGUE AS AN ACTIVE LISTENING TOOL BETWEEN PUBLIC ADMINISTRATION AND INDIVIDUALS

Daniela Rocha Rodrigues Peruca¹

RESUMO

A partir da edição da Lei n. 14.133/2021, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade de licitação denominada de diálogo competitivo, que redesenhou o processo licitatório, nesse particular, conferindo-lhe uma dimensão cooperativa. A cooperação ou a tomada de decisão negociada, vem ganhando espaço no cenário brasileiro, principalmente, com o marco regulatório da mediação. É evidente a interlocução entre o diálogo competitivo e a lei de mediação, bem como, a utilização da ferramenta de escuta ativa para construção da solução adequada às necessidades da Administração Pública. Nesse cotejo a pesquisa tem por objetivo analisar essa interlocução, buscando demonstrar a importância da participação do interessado (particular) na definição de especificações técnicas com precisão suficientes para a efetiva execução de um serviço público. O método utilizado na pesquisa é o indutivo com metodologia de caráter exploratório, documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo competitivo; Mediação; Negociação; Escuta ativa; Administração pública.

INTRODUÇÃO

A negociação faz parte do cotidiano das pessoas. Negocia-se a cada instante sobre várias questões, tanto aquelas que envolvam o convívio familiar, quanto aquelas adstritas ao ambiente profissional.

No âmbito de economia de mercado a negociação tem por finalidade obter maiores vantagens, o que não se difere da negociação levada a efeito pela Administração Pública. O ponto divergente dessa negociação é que o Poder Público para contratar precisa se utilizar do processo licitatório, em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, dentre outros.

A licitação é uma ferramenta que busca selecionar a melhor alternativa para a pactuação de um contrato.

O ordenamento jurídico brasileiro foi construindo e aprimorando o processo licitatório, desde

¹ Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) de Mato Grosso do Sul. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. E-mail: dperuca@trt24.jus.br. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3085161835986777>.

a adição da Lei n. 8.666/93, sucedida pelas Leis n. 10.520/2002 e 12.462/2011.

Todavia, com a edição da Lei n. 12.462/2011, que estabeleceu o regime diferenciado de contratações (RDC), houve uma sinalização, embora tímida, de que a Administração Pública, estava incorporando um olhar mais cooperativo entre si e o particular, pois se abria a possibilidade de flexibilização nas fases do procedimento, em detrimento da velha matriz estática da licitação.

A efetiva transformação ocorreu com a publicação da Lei n. 14.133/2021 que prevê dentre as modalidades licitatórias o diálogo competitivo para contratação de obras, serviços e compras. Não há como tratar essa nova modalidade sem os contornos contidos na mediação (Lei n. 13.140/2015).

Aliás, a expressão “diálogo” já impõe concluir a aproximação, escuta ativa, geração de opções, critérios objetivos, construção conjunta da melhor solução, ou seja, envolver o particular (ou interessado) na busca pela solução mais adequada para execução de um serviço público em sentido amplo.

Destaca-se que a adoção da modalidade de diálogo competitivo passou a vigorar a partir de 1º de abril de 2023, com a revogação da Lei n. 8.666/1993, nos moldes previstos no inciso II do art. 193 da Lei n. 14.133/2021.

Assim, visando lançar luzes sobre a temática de diálogo competitivo, tratar-se-á no primeiro capítulo acerca de negociação de interesses e a Administração Pública.

Já no segundo capítulo abordar-se-á a interlocução entre o diálogo competitivo e a lei de mediação.

E, no terceiro capítulo discorrer-se-á acerca do diálogo competitivo como ferramenta de escuta ativa entre a administração pública e o particular para que juntos possam buscar a solução mais adequada para a prestação de serviço público de qualidade.

Por fim, a pesquisa tem por objetivo analisar essa interlocução, buscando demonstrar a importância da participação do interessado (particular) na definição de especificações técnicas com precisão suficientes para a efetiva execução de um serviço público.

O método utilizado na pesquisa é o indutivo com metodologia de caráter exploratório, documental e bibliográfica.

1. NEGOCIAÇÃO DE INTERESSES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O interesse público está à frente do interesse particular, até porque, a Administração Pública se movimenta para atender a sociedade e, encontra-se vinculada à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse cotejo, como conciliar a negociação de interesses entre o particular e a Administração Pública?

É cediço que a negociação é um processo de comunicação de mão dupla que visa chegar a uma composição com o outro lado quando alguns interesses são compartilhados e alguns são conflitantes (URY, 2019). A comunicação bem realizada resulta em compreensão mútua e contribui para afastar o mal-enten-

dido e percepções errôneas (FIORELLI, MALHADAS E MORAES, 2004).

Para Francisco José Cahali (2015, p. 45):

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.

Já os interesses são os motores da negociação. E, na visão de Diego Faleck (2020, p. 53):

Pessoas negociam e se valem de procedimentos de resolução de controvérsias para satisfazer aos seus interesses. A medida do sucesso na resolução de um problema se dá em quanto o interesse da parte foi atendido. A expectativa de satisfação de interesses é a mola propulsora que leva negociadores a escolher o caminho entre as possíveis conjunturas.

Também, destaca-se que na negociação os interesses podem ser categorizados ou atendidos em diferentes estágios, tais como, os desejáveis, os necessários e os imprescindíveis. Em relação aos sujeitos, os interesses podem ser conflitantes, comuns ou diferentes (FALECK, 2020).

E, considerando-se essas peculiaridades as soluções encontradas ou construídas, podem ser completamente diversas do ponto de partida das negociações, como exemplo, quando se tem interesses diferentes a solução construída pode ser em sentido integrativa (FALECK, 2020).

Retomando-se o questionamento supramencionado, atualmente, com a edição da Lei n. 14.133/2021, há espaço para a negociação de interesses entre o particular e a Administração Pública, com a mitigação da sobreposição do interesse público, ao menos, na fase inicial do diálogo competitivo, quando as partes (particular e administração) estão buscando encontrar a solução mais adequada.

Anote-se que na modalidade de diálogo competitivo o primeiro edital a ser publicado não é exaustivo, tendo o condão de chamar o particular para manifestar interesse em participar do certame e, em havendo interessado, dar início a fase de conversas e/ou tratativas, por meio de reuniões.

Afirma Rafael Sérgio Lima de Oliveira que a primeira e a última fase da modalidade diálogo competitivo são rígidas e, apenas a segunda fase admite flexibilidade (2021, n.p.):

A primeira fase, referente à qualificação dos candidatos interessados em participar do diálogo, e a última, a de julgamento das propostas, são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela Administração ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade e sem o manto do sigilo. Como se verá mais adiante, é só na segunda fase do procedimento em estudo que os candidatos admitidos na primeira etapa (a qualificação) são chamados a dialogar exclusivamente com a Administração e com as seguintes flexibilidades: a) desnecessidade de esse diálogo ser publicizado; b) possibilidade de alteração de sua proposta inicial em razão do debate com a autoridade adjudicatória; c) considerável grau de discricionariedade da Administração em decidir pela solução adequada.

Ainda, que Oliveira sustente a rigidez da primeira e última fase do diálogo competitivo, que analiso como observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, emerge que a nova modalidade se insere na dimensão cooperativa e na busca por uma Administração Pública mais acolhedora, o que torna o procedimento em sua essência flexível.

Aliás, adverte Bruna de Meyrelles Borges (2023, p. 16) que “para analisar o funcionamento, é

importante compreender que o Diálogo é uma modalidade de licitação em que se licita por solução, e não por especificação”.

Acerca das vantagens na adoção do diálogo competitivo, colhem-se os ensinamentos de Márcia Walquíria Batista dos Santos, Francielly Lara da Silva e João Eduardo Lopes Queiroz (2021, p. 14):

Assim, o diálogo competitivo surge com o intuito de permitir um debate e entendimento maior com os participantes da licitação, daquilo que é necessário para atender a Administração na demanda levantada, visando promover a diminuição das assimetrias informacionais o que possibilitará uma contratação mais vantajosa pelo número de licitantes que tende a aumentar, proporcionando, ainda, o combate ao insucesso da licitação, mitigando a possibilidade de fracasso ou deserção.

Portanto, na fase de tratativas (diálogos) há um equilíbrio entre as partes (particular e Administração Pública), pois a negociação visa encontrar a solução mais adequada para atender as necessidades do Poder Público.

No capítulo seguinte será abordada a interlocução entre o diálogo competitivo e a lei de mediação.

2. A INTERLOCUÇÃO ENTRE O DIÁLOGO COMPETITIVO E A LEI DE MEDIAÇÃO

A modalidade de licitação denominada de diálogo competitivo visa a contratação de obras, serviços e compras pela Administração Pública, mediante a utilização de mecanismo cooperativo para selecionar com critérios objetivos a proposta que atenda adequadamente aos interesses públicos.

Essa modalidade de licitação, guarda identidade com o “diálogo concorrencial” previsto no Código de Contratos Públicos de Portugal.

O Código de Contratos Públicos de Portugal, em seu art. 29º, trata da escolha do procedimento de negociação e do diálogo concorrencial, que estabelece em síntese, sua utilização quando:

- a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
- b) Os bens ou serviços incluam a concessão de soluções inovadoras;
- c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados;
- d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica;
- e) (Revogada.)
- f) Em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, todas as propostas tenham sido excluídas com fundamento na segunda parte da alínea a) ou nas alíneas b) a g) do n.º 2 do artigo 70.º ou nas alíneas a) a n) do n.º 2 do artigo 146.

Percebe-se a semelhança entre os institutos licitatórios, pois a modalidade diálogo competitivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (Lei n. 14.133/21), estabelece:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções

disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II -verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato (BRASIL, 2021)

Verifica-se nas legislações mencionadas que a Administração Pública utilizará a modalidade de diálogo competitivo ou concorrencial (Direito Português), quando as necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções disponíveis, bem como, nos casos de impossibilidade de especificações técnicas com precisão ou de inovação tecnológica.

Trata-se de uma inovação no processo licitatório, afastando-se o caráter estático e rígido do procedimento para adoção de uma dimensão cooperativa, onde a Administração Pública dialoga com os interessados em busca de ajustes e adequações que possam mais bem atender as necessidades da sociedade, sem que isso, possa ferir o princípio da imparcialidade na escolha da proposta vencedora do certame.

Para Marçal Justen Filho (2021, p. 455):

A dimensão inovadora do diálogo competitivo exige o afastamento dos padrões hermenêuticos aplicáveis às modalidades licitatórias comuns e conhecidas. É indispensável tomar em vista que o diálogo competitivo exige um nível de flexibilidade muito intenso, compatível com a dimensão cooperativa do procedimento.

Vive-se um momento em que todos os sistemas (Executivo; Legislativo e Judiciário) caminham para adoção de soluções em cooperação, como a maneira mais adequada e eficaz de se atingir resultados positivos, principalmente, quando a prestação de serviços públicos demanda urgência.

Depreende-se que a terminologia empregada pelo legislador brasileiro – diálogo competitivo –, esta mais próxima do instituto da mediação (Lei n. 13.140/2015), do que a denominação – diálogo concorrencial – adotado pelo Código de Contratos Públicos de Portugal, que se aproxima da modalidade de concorrência.

À primeira vista, pode parecer que o ideal fosse a utilização da expressão diálogo concorrencial, uma vez que a contratação que se pretende realizar com o particular possui particularidades especiais, o que ensejaria a adoção da modalidade de concorrência.

Porém, extrai-se dos incisos IV, V e VI, § 1º do art. 32 da Lei n. 14.133/2021, todo um raciocínio hermenêutico direcionado à mediação, quer quando se faz menção às reuniões com os licitantes; quer quando se menciona a utilização de reuniões em separado com divulgação de soluções indicadas, apenas com o consentimento do licitante e; por fim, quando se estabelece que a fase de diálogo poderá mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, indique a solução que atenda às suas necessidades.

Aliás, a negociação integra o processo da mediação. Por meio da negociação os interesses são identificados e, a partir deles, as opções são geradas, visando a mútua satisfação (FIORELLI, MALHADAS, MORAES, 2004).

O marco regulatório da mediação é a Lei n. 13.140/2015, que prevê, inclusive que: “os órgãos

e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas” (art. 43).

No tocante, ao diálogo competitivo o procedimento de conversa e/ou tratativas “será conduzido por uma comissão composta por pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes ao quadro permanente da administração, permitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão” (inciso XI, §1º do art. 32).

Frise-se que os membros da comissão de acompanhamento da modalidade de licitação de diálogo competitivo, deverão possuir curso de formação em mediação, para efetivamente funcionarem como facilitadores, instigando as partes na comunicação e a escuta ativa.

O mediador traz tranquilidade às partes, direcionando-as ao mesmo plano, possibilitando que a negociação seja realizada com maior clareza e precisão, uma vez que quem negocia e decide são as partes (CUÉLLAR e MOREIRA, 2017).

Nesse aspecto, considerando-se que o diálogo competitivo possui a dimensão cooperativa, será abordado no capítulo seguinte seu viés como ferramenta de escuta ativa entre a Administração Pública e o particular.

3. DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FERRAMENTA DE ESCUTA ATIVA ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PARTICULAR

As ferramentas utilizadas na mediação são várias e dependem do modelo adotado (*Harvard*; Transformativo; Circular-narrativo).

O modelo mais utilizado é o *Harvard*. Esse modelo decorre do método aplicado para a negociação cooperativa. O mediador estimula a avaliação objetiva da situação; promove a escuta ativa dos interlocutores; procura separar as pessoas dos problemas; gera opções criativas com benefícios mútuos (CAHALI, 2017).

Todavia, Francisco José Cahali (2017, p. 99) adverte que, “o sistema norte-americano não diferencia mediação de conciliação, e considerando ainda que este modelo se aproxima da conciliação em nosso sistema jurídico, para alguns doutrinadores, esta técnica não seria aplicável à mediação desenvolvida em nosso sistema”.

Embora a advertência mencionada por Cahali, o que se verifica na prática é a utilização na mediação das ferramentas geradas pelo modelo *Harvard*, sem que haja a confusão com o instituto da conciliação.

Para Diego Faleck (2020, p. 105):

No processo de tentar primeiro resolver a disputa com o uso das técnicas de mediação, o mediador poderá desvendar com maior precisão os objetivos das partes e os obstáculos ao acordo, que impediram as partes de alcançar consenso, desde antes da mediação. Se a mediação falhar, o mediador poderá fazer uma recomendação informada sobre qual o melhor procedimento a ser escolhido em seguida. [...] Com a opinião em mãos, a mediação poderá retomar o seu rumo. Nessa perspectiva, mediadores são designers de procedimento, por natureza e essência.

Percebe-se que o mediador é um facilitador por se tratar de terceiro neutro e que possui uma atuação mais avaliativa, no sentido de recomendar e/ou sugerir o procedimento mais adequado.

No caso do diálogo competitivo a Administração Pública tende a utilizar a ferramenta da escuta ativa, visando colher as soluções mais consentâneas para atender às suas necessidades. Acredita-se que as demais ferramentas sejam de pouca utilidade, mas a depender da situação, o mediador poderá recorrer a outras, como, por exemplo, gerar opções criativas com benefícios mútuos.

Salienta, que o diálogo competitivo e a mediação estão adstritos ao princípio da confidencialidade², ou seja, tudo que for tratado nesse ambiente negocial, não pode ser levado a conhecimento de outrem, exceto, no caso do diálogo competitivo, com o consentimento de um dos licitantes.

Há, ainda, outra diferença entre o instituto da mediação e o diálogo competitivo, no que se refere ao registro das reuniões, pois na mediação, não existe a possibilidade de gravação de áudio e vídeo, em observância ao princípio da confidencialidade. Ocorre que no diálogo competitivo, as reuniões serão registradas em ata e gravadas mediante a utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo (VI, §1º do art. 32).

Ressalta-se, no que se refere as reuniões na fase de diálogo e/ou tratativas, que estas poderão ser realizadas em várias rodadas até que se consiga a negociação mais adequadas para as partes, é, inclusive o que menciona Alexandre Santos de Aragão (2021, p. 59): “Não necessariamente, portanto, o poder público deverá escolher a melhor solução em uma única rodada de negociação. A lei admite que o contratante vá filtrando as melhores soluções gradativamente, até chegar à melhor solução”.

No que tange aos dados sigilosos utilizados no diálogo competitivo, Guilherme Reisdorfe (2022, p. 182), assevera que àqueles “não aproveitados permanecerão resguardados, mas aqueles imprescindíveis para a realização da licitação e a confirmação da adequação da escolha da Administração deverão ser devidamente publicizados”.

A publicização decorre de princípio que rege o processo licitatório, por isso, é procedimento vinculativo da Administração Pública, não podendo ser mitigado.

Acresça-se que a licitação por se tratar de seleção pública, deverá ser processada e julgada em observância aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório (CUNHA Jr., 2013).

Logo, o diálogo competitivo é uma importante ferramenta de escuta ativa entre a Administração Pública e o particular, e sua utilização trará benefícios na prestação dos serviços públicos.

CONCLUSÃO

A modalidade de licitação denominada diálogo competitivo inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei n. 14.133/2021, descortina-se como uma ferramenta que visa estabelecer a di-

² Art. 166 do CPC, preleciona que: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e decisão informada. §1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. §2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”.

menção cooperativa na Administração Pública.

Com essa roupagem cooperativa transforma-se o processo licitatório estático e engessado, em um novo modelo, permeado pelo dinamismo e flexibilidade.

Oportuniza-se as partes (particular e administração pública) a negociar soluções mais adequadas para a efetiva prestação de serviços públicos em sentido amplo (compreendendo obras, serviços e compras).

Também, possibilita a utilização de ferramentas da mediação, em especial, a escuta ativa, para que em conjunto as partes possam estabelecer diretrizes, técnicas ou especificações técnicas com precisão suficiente para atender as necessidades da Administração.

Por fim, salienta-se a importância dos membros da comissão que conduzirão o diálogo competitivo, possuam qualificação para atuação como mediador, para poderem efetivamente atuarem como facilitadores nesse processo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/85147/80515>. Acesso em: 14 set. 2023.

BORGES, Bruna de Meyrelles. **Diálogo competitivo**: um estudo sobre a modalidade implementada pela lei n. 14.133/2021. Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, 2022. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/25340/BRUNA%20DE%20MEYRELLES%20BORGES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/14133.htm.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 2015, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13140.htm.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação; conciliação; resolução cnj 125/2010. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

CUÉLLAR, Leila. MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração pública e mediação**: notas fundamentais. Revista de Direito Público USP, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CUNHA Jr., Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2013.

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas**: criação de estratégias e processos eficazes

para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS, Marcos Julio Olivé Júnior; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação**: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: Editora LTr, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. Coleção sinopses para concurso. GARCIA, Leonardo (coordenação). 11. ed. rev. ampl. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro**. Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br. Acesso em: 16 set. 2023.

PORTUGAL. **Código de contrato públicos - DL 18/2008**, 29 de janeiro, com versão mais recente DL 54/2023, 14 de julho. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Diálogo competitivo**: o regime da Lei 14.133/21 e sua aplicação às licitações de contratos de concessão e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. SILVA, Francielly Lara da. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Diálogo competitivo**: previsão na nova lei de licitações e sua implementação. Revista Brasileira de Gestão e Engenharia, São Gotardo, v. 12, n. 1, p. 1-23, jan/jun. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/556-Texto%20do%20artigo-2227-1-10-20221118.pdf>. Acesso em: 15 set. 2023.

URY, William. **Supere o não**: como negociar com pessoas difíceis. 3ª tiragem. São Paulo: Benvirá, 2022.

REGULAMENTAÇÃO LOCAL DAS TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS (EMENDAS PIX) E COMBATE À CORRUPÇÃO*

Caio Gama Mascarenhas¹

RESUMO

O objetivo desse artigo é, inicialmente, indicar os gargalos institucionais que facilitam a improbidade e corrupção e, em um segundo momento, indicar modelos para suprir lacunas a respeito da regulamentação no destino das verbas repassadas por transferência especial, prevista no artigo 166-A da Constituição Federal e introduzida pela EC n. 105/2019. Pode-se dizer que há quatro gargalos: (1) na origem, há a ausência de responsabilização dos entes receptores infratores no momento da definição dos beneficiários das emendas pix; (2) a falta de transparência na execução orçamentária; (3) a baixa governança orçamentária de grande parte dos entes receptores; e (4) a ausência de institucionalização da comunicação e cooperação entre Tribunal de Contas da União, de um lado, e Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (TCE e TCDF) e dos municípios (TCM), do outro. A regulamentação dos procedimentos a serem seguidos para operacionalizar os recursos provenientes de transferências especiais pode ser realizada, conforme o caso, por: contratos de cooperação técnica, leis e decretos; e emenda à constituição estadual.

PALAVRAS-CHAVE: Emendas Pix; transferências voluntárias; tribunais de contas; plataforma de dados; capacidade estatal.

INTRODUÇÃO

Na linguagem dos noticiários, a emenda pix virou sinônimo de uma espécie de “repasso sem transparência que dribla a fiscalização”, facilitando gastos ineficientes, improbidade administrativa e corrupção. Por que essa associação ocorre? Existem instrumentos regulatórios para prevenir a dilapidação de recursos públicos?

A emenda Pix (ou transferência especial) destaca-se como o recurso predominante utilizado por parlamentares para alocar recursos federais a estados e municípios. Nascida durante a gestão do governo federal anterior, os seus problemas persistem no atual governo. No decorrer deste ano de 2023, notícias apontam que o governo federal destinou R\$ 25,6 bilhões para redutos eleitorais de congressistas. Desse montante, R\$ 6,4 bilhões foram alocados por meio da emenda Pix, quantia superior às emendas

* Tese apresentada oralmente e “aprovada com louvor” no 49º Congresso Nacional da ANAPE no dia 07/11/2023.

1 Doutorando em Direito Econômico e Financeiro (USP). Mestre em Direitos Humanos (UFMS). Extensão em federalismo comparado pela Universität Innsbruck. Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015-presente). Chefe da Procuradoria Judicial da PGE-MS (2023).

orçamentárias que são destinadas a iniciativas de saúde, educação e infraestrutura².

A Emenda Constitucional n. 105/2019 previu duas categorias de descentralização fiscal por meio de emendas orçamentárias individuais: a) a denominada “transferência especial” (vulgo emenda pix), que possui maior celeridade e menor controle procedimental, conferindo ao ente receptor dos recursos a decisão sobre onde aplicá-los; e b) a “transferência com finalidade definida”, que se amolda à tradição de descentralização de recursos no Brasil, cuja despesa é decidida previamente e especificada no orçamento, exigindo maior rigidez procedimental e, conseqüentemente, um maior controle pelo ente que repassa os recursos³.

As transferências especiais, em razão da sua própria natureza informal, possuem escassa regulamentação no tocante às regras de repasse aplicáveis ao ente transferidor, assim como possuem pouca regulamentação para as regras de aplicação para o ente receptor das verbas. Em razão dessa regulamentação escassa e baixo grau de *accountability*, aumenta-se a probabilidade de ocorrência de corrupção e improbidade.

Imprescindível, portanto, esclarecer algumas questões referentes às novidades trazidas pela EC 105/2019. O objetivo deste artigo é, inicialmente, indicar os gargalos institucionais que facilitam a improbidade e corrupção e, em um segundo momento, indicar modelos para suprir lacunas a respeito da regulamentação no destino das verbas repassadas por transferência especial.

A pesquisa é teórica, com amparo na análise documental e dos métodos indutivo e dedutivo. Utiliza-se de materiais bibliográficos, com o amparo na doutrina nacional e internacional sobre o tema. As fontes de dados são basicamente: livros, teses, dissertações, artigos de revistas, precedentes do STF e do TCU, manuais técnicos de orçamento, portais de transparência e sites de notícias.

1. TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS, PROCEDIMENTO E CONDICIONALIDADES

Em suma, emenda “pix” (ou transferência especial) foi a espécie que representou a verdadeira inovação apresentada pelo texto do artigo 166-A do texto constitucional – introduzida pela Emenda Constitucional 105/2019. Essa modalidade de repasse é realizada diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente da identificação da programação específica no orçamento federal e da celebração de convênio ou de instrumento congênere. Sua característica mais marcante é a previsão de que seus recursos passam a pertencer ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira, mudando igualmente a competência para controle desses recursos (dos órgãos federais de controle para órgãos locais de controle). Esse tipo de repasse é regulamentado pela Portaria Interministerial ME/SEGOV nº 6.411/2021.

As transferências especiais possuem uma série de condicionalidades nos gastos, nas modalidades proibitivas e impositivas.

Previstas no artigo 166-A, as condicionalidades proibitivas aplicam-se a todos repasses de emendas parlamentares individuais (emendas pix ou não), determinando-se que tais recursos: a) não inte-

2 ESTADÃO. Emendas Pix sem transparência recebem o maior volume de recursos e superam até verbas para saúde. 17/10/2023. Disponível em: [- Estadão \(estadao.com.br\)](https://www.estadao.com.br)

3 Essa provocação reflete parcialmente uma análise crítica feita em um artigo de nossa autoria chamado: MASCARENHAS, Caio Gama. Orçamento impositivo e as transferências do artigo 166-A da Constituição: Notas sobre regime jurídico, accountability e corrupção. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), [S. l.], volume 6, número 1, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/340/269>.

grarão a receita do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal e de endividamento do ente federado; b) não poderão ser destinados para pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas e encargos referentes ao serviço da dívida.

No caso específico da Transferência Especial, há as condicionalidades impositivas de gastos, porquanto os recursos desta modalidade (calculados pelo total) deverão ser aplicados em despesas de capital em montante não inferior a 70% (setenta por cento), na forma do §5º do artigo 166-A da Constituição.

2. O QUE ESSE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO TEM A VER COM IMPROBIDADE OU CORRUPÇÃO?

Evidentemente o patrocínio de políticas locais pode envolver corrupção quando os recursos são alocados em violação às normas legais⁴. Embora improbidade não se confunda com corrupção, a lógica de violação das normas legais é igualmente aplicável⁵. Ressalta-se que a lei 8.429/92 não contém apenas os atos de corrupção pública, também entendida pela doutrina como uso de poderes públicos para fins privados, mas também tipifica distorções inerentes à desorganização administrativa, ao desgoverno e à ineficiência endêmica⁶.

Elaborada pelo economista Robert Klitgaard e amplamente difundida na doutrina econômica internacional, existe uma fórmula econômica para a corrupção que guia reformas nos sistemas de controle: *Corrupção = monopólio + discricionariedade - accountability*

Nesse sentido, a corrupção floresce quando alguém tem poder de monopólio sobre um bem ou serviço e possui o poder de decidir (discricionariedade) quanto cada cidadão recebe, ocorrendo onde a responsabilização e a transparência (*accountability*) são fracas. Portanto, para combater a corrupção, deve-se reduzir o poder de monopólio, mitigar a discricionariedade e aumentar a responsabilização e a transparência de várias maneiras⁷.

A partir dessa fórmula, encontram-se os *gargalos institucionais* – ou seja, circunstâncias que, direta ou indiretamente, mitigam as capacidades estatais ou obstruem, de qualquer outra forma, a implementação adequada e a efetividade de políticas públicas⁸ - notadamente aquelas políticas voltadas ao combate da improbidade administrativa e corrupção em geral.

Em primeiro lugar, em relação ao *monopólio*, o procedimento das emendas pix se move em direção oposta. A descentralização política auxilia a quebrar o monopólio do poder em nível nacional ao

4 Ibid, p. 30.

5 A corrupção é espécie do gênero “improbidade”, enquanto que esta é espécie do gênero “má gestão pública”. Fernando Gaspar Neisser explica que são elementos essenciais para a definição da corrupção: (1) a existência de uma vantagem indevida (não necessariamente financeira); (2) presença de ao menos um agente público envolvido; (3) que os interesses próprios deste agente tenham sido perseguidos, em detrimento do interesse público, e; (4) que este agente detenha competência funcional para praticar ou deixar de praticar o ato em questão. Fonte: NEISSER, Fernando Gaspar. A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal. Tese de doutorado. 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 253.

6 OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. JUS. Belo Horizonte, ano 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012, p. 25.

7 KLITGAARD, Robert. Fighting corruption. CESifo DICE Report, v. 9, n. 2, 2011, p 33.

8 FONTES, Mariana Levy Piza. Direito e implementação de políticas públicas: caminhos para uma agenda de pesquisa. Revista Direito GV, São Paulo, v. 19, e2313, 2023, p. 17.

aproximar a tomada de decisão das pessoas, fortalecendo a responsabilidade do governo para com os cidadãos. Estes, por sua vez, pressionam por melhor desempenho do governo e exigem ações corretivas para a gestão disfuncional e corrupta. Os esforços para melhorar a prestação de serviços geralmente obrigam as autoridades a lidar com a corrupção e suas causas. A doutrina internacional adverte, no entanto, que, quando há um Estado de Direito ausente, *accountability* fraco e interferência política desenfreada no âmbito local, a descentralização, por si só, pode não ser um remédio potente para combater a corrupção⁹. Em suma, *federalismo não é um gargalo que gera corrupção, mas uma arma para o seu combate. A descentralização política, contudo, é necessária, mas não é suficiente para combater a corrupção.*

Em segundo lugar, não há propriamente aumento legal de *discretionariedade* por parte dos governos beneficiários, porquanto submetidos às mesmas normas gerais de responsabilidade fiscal, licitações e contratos públicos de antes. O que há é uma mudança na competência de controle de fiscalização dos recursos transferidos.

Em terceiro lugar, deve-se admitir que há problemas com o *accountability* no procedimento das emendas pix (ou transferências especiais). Não se ignora que as transferências especiais se encontram dentro de um contexto de falta de transparência orçamentária que envolve outras questões como o próprio desvio de finalidade das emendas RP9 (vulgo “orçamento secreto”). A diferença é que as emendas RP9, em sua execução, careciam de transparência em relação aos parlamentares que seriam os reais autores das emendas e os gastos no destino (ausência de *accountability* na origem e no destino)¹⁰. No caso das transferências especiais, os autores das emendas são conhecidos, o problema residiria na transparência e execução orçamentária dos recursos repassados, não mais submetidos ao controle da Corte de Contas federal (ausência de *accountability* no destino).

Tradicionalmente se nota que, ao vincular os recursos das transferências à programação orçamentária da União, os órgãos federais de fiscalização ficam responsáveis pelo controle e receberiam a prestação de contas dos entes beneficiários dos recursos. Esse controle, no caso das transferências especiais (emendas pix), passaria aos órgãos subnacionais de fiscalização (TCEs, TCMs, MPE etc.).

3. QUAIS SÃO OS GARGALOS DAS EMENDAS PIX (TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS)?

No procedimento das emendas pix, há desenhos institucionais que dificultam a fiscalização e incentivam o descumprimento de normas. Ressalta-se que a descentralização fiscal não é um gargalo, mas um instrumento político de governança que mitiga o monopólio de poder estatal. Pode-se dizer que há quatro gargalos: (1) na origem, há a ausência de responsabilização dos entes receptores infratores no momento da definição dos beneficiários das emendas pix; (2) a falta de transparência na execução orçamentária; (3) a baixa governança orçamentária de grande parte dos entes receptores; e (4) a ausência de institucionalização da comunicação e cooperação entre Tribunal de Contas da União, de um lado, e Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (TCE e TCDF) e dos municípios (TCM), do outro.

9 : MASCARENHAS, Caio Gama. Orçamento impositivo e as transferências do artigo 166-A da Constituição, op cit.

10 : MASCARENHAS, Caio Gama. Orçamento impositivo e as transferências do artigo 166-A da Constituição, op cit.

Figura 1¹¹

Por que o *primeiro gargalo* se refere à ausência de responsabilização dos entes receptores infratores no momento da definição dos beneficiários das emendas pix? A Portaria Interministerial ME/SEGOV nº 6.411/2021 pouco fala sobre impedimentos técnicos, citando apenas erros meramente formais no momento da indicação do beneficiário dos recursos no sistema eletrônico e um genérico trecho mencionando “*outras razões de ordem técnica devidamente justificadas*”¹². Nada se fala, portanto, sobre o respeito às condicionalidades. Necessita-se de desincentivar o desrespeito às normas, impedindo o recebimento de novos repasses por entes que não cumprem as condicionantes do artigo 166-A.

O *segundo gargalo* trata da ausência de transparência na execução orçamentária. O artigo 19 da Portaria interministerial coloca o registro da execução dos recursos transferidos na plataforma +Brasil como mera discricionariedade do ente federado beneficiário¹³. Essa norma é ilegal e inconstitucional. Ilegal porque viola o artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que cuida da determinação de transparência na gestão fiscal e garante o amplo acesso aos dados da execução orçamentária. Inconstitucional porquanto se descumpra o dever de divulgação dos gastos dos entes subnacionais beneficiários dos recursos de emendas parlamentares em bancos de dados centralizados e de amplo acesso público, previsto no artigo 163-A da Constituição¹⁴.

O *terceiro gargalo* encontra-se na baixa governança orçamentária de grande parte dos entes receptores. Os recursos das transferências especiais geralmente se destinam à conta única dos entes bene-

11 Elaboração própria.

12 Segundo a norma: Art. 8º Constituem impedimentos de ordem técnica para a execução das emendas individuais impositivas na modalidade de transferência especial: I - omissão ou erro na indicação de beneficiário pelo autor da emenda no SIOP; II - não indicação de instituição financeira para recebimento e movimentação de recursos de transferências especiais pelo ente federado beneficiário na Plataforma +Brasil; e III - outras razões de ordem técnica devidamente justificadas.

13 Conforme o dispositivo: Art. 19. O ente federado beneficiário poderá registrar na Plataforma +Brasil, para fins de transparência e controle social das transferências especiais, os dados e informações referentes à execução dos recursos recebidos, na forma do Decreto nº 10.035, de 1º de outubro de 2019.

14 Art. 163-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público.

ficiários. Considerando que tais recursos são prioritariamente vinculados às despesas de capital (ex: obras de infraestrutura), há o risco da aplicação de seus recursos em outras áreas caso a governança orçamentária seja baixa. Alerta-se para a possível *violação da regra de ouro* diante da fiscalização falha e baixa transparência. Isso porque gestores locais podem se sentir tentados a utilizar tais recursos para pagamento de servidores ativos e inativos (despesas correntes).

O *quarto gargalo* localiza-se nos próprios órgãos de controle – ante a ausência de institucionalização da comunicação e cooperação entre Tribunais de Contas. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 518/23 – TC 032.080/21-2, entendeu que a competência de fiscalização das transferências especiais é compartilhada entre órgãos federais e órgãos subnacionais de fiscalização da seguinte forma: (1) a fiscalização sobre a regularidade das despesas efetuadas na aplicação de recursos obtidos por meio de transferência especial pelo ente federado é de competência do sistema de controle local; e (2) a fiscalização sobre o cumprimento, pelo ente beneficiário da transferência especial, das condicionantes que a legitimam, previstas no art. 166-A, são de competência federal.

Destaca-se, contudo, uma impossibilidade operacional de cisão entre o controle das condicionalidades do artigo 166-A, de um lado, e a regularidade geral da execução orçamentária dessas verbas, do outro – acarretando em conflito de interpretações entre diferentes cortes de contas. É necessário que haja uma eficiente cooperação técnica entre os Tribunais de Contas para o controle de tais recursos, abrangendo compartilhamento de dados, tecnologia, capacitação etc. É aqui que as informações passadas por Tribunais de Contas locais poderiam embasar um impedimento técnico para o ente federado faltoso já no ato de indicação de beneficiário da emenda orçamentária.

Os quatro gargalos podem ser enfrentados por um marco legal regulatório sólido. Isso pode ser realizado por normas infraconstitucionais federais, estaduais e municipais.

4. AS POSSIBILIDADES DE REGULAMENTAÇÃO DE PROCEDIMENTO DAS TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS NO ENTE FEDERADO DE DESTINO

Há espaço para a regulamentação local das transferências especiais enquanto não sobrevier norma nacional editada pela União Federal. Ante a omissão do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 166-A da Constituição Federal, incumbe aos estados trazer segurança jurídica no controle dessas verbas públicas dentro de sua competência supletiva (§ 3º do artigo 24 da Constituição Federal).

Ressalta-se, entretanto, que *o primeiro gargalo, que cuida da ausência de responsabilização dos entes receptores infratores no momento da definição dos beneficiários das emendas pix, somente pode ser objeto de norma federal.* Evidentemente somente norma federal pode tratar da execução do orçamento federal, principalmente os casos de impedimento de execução de emendas orçamentárias com base em razões de ordem técnica devidamente justificadas. O ideal seria que norma federal previsse expressamente esse impedimento no momento da indicação dos beneficiários pelos parlamentares federais. Ressalta-se que as transferências especiais estão sujeitas aos impedimentos de ordem técnica aplicáveis às emendas orçamentárias individuais. Conforme expressa previsão constitucional no §13 do art. 166 da Constituição,

emendas individuais e emendas de bancada “não serão de execução obrigatória nos casos dos impedimentos de ordem técnica”.

Expressamente, o artigo 166-A da Constituição Federal somente fala em contratos de cooperação técnica para monitorar transferências especiais. A Constituição fala na possibilidade de se firmarem *contratos de cooperação técnica* para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos, conforme §3º do artigo 166-A. Esses contratos ou acordos de cooperação técnica se diferenciam de convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada pelo simples fato de não existir a possibilidade de transferência de recursos entre os partícipes.¹⁵ Ressalta-se que a transferência especial independe de instrumento contratual para a sua perfectibilização. A função dos contratos seria de otimizar questões instrumentais em relação a essas transferências como, por exemplo: monitoramento da execução orçamentária, capacitação dos recursos humanos envolvidos, construção de instrumentos regulatórios interfederativos etc.

O objeto desse contrato de cooperação não cuida de uma relação vertical de controle e fiscalização dos recursos financeiros entre o ente transferidor e o ente beneficiário, mas apenas relação horizontal de cooperação e acompanhamento da execução orçamentária. Tal norma pode ser lida de duas formas: (1) cooperação técnica entre órgãos de controle externo (TCU, TCE, TCM, MPF e MPE); e (2) cooperação técnica entre órgãos federais e os entes subnacionais que executam as obras ou serviços. *Caso o quarto gargalo (ausência de cooperação interfederativa entre órgãos de controle) não seja regulamentado por lei federal, poder-se-ia pensar em contratos de cooperação técnica.*

Há outras possibilidades no âmbito da autonomia de estados e municípios, no entanto, desde que obedecidas as regras estruturantes do artigo 166-A da Constituição referentes às condicionalidades de gastos e as normas gerais de finanças públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964). Pensa-se inicialmente nos seguintes instrumentos: (1) leis e decretos; (2) emenda à constituição estadual.

Se o objeto de regulamentação for apenas o detalhamento do procedimento contábil e operacional das verbas decorrentes de transferências especiais dentro do orçamento do ente federado recipiente, poder-se-ia falar em lei ou decreto. Ressalta-se, no entanto, que os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de forma que têm função meramente regulamentar da lei, possuindo função normativa secundária e subordinação à lei (artigos. 84, IV e VI da Constituição Federal)¹⁶. Se for necessária a normatização de forma diferente do que está disposto em lei estadual, então o instrumento adequado será uma lei. *Aqui entram as normas que enfrentam o terceiro gargalo, ou seja, a previsão de procedimentos de governança orçamentária destinados à correta organização e direcionamento dos recursos dentro da lei orçamentária do ente recipiente das transferências especiais.* Nos estados de São Paulo e Mato Grosso

15 É possível que o conceito esteja próximo do conceito de “acordo de cooperação técnica”. Cita-se o conceito de acordo de cooperação técnica segundo parecer da AGU no Parecer n. 00004/2016/DEPCONSUCPCV/PGF/AGU: “O acordo de cooperação é o instrumento jurídico hábil para a formalização, entre órgãos e/ou entidades da Administração Pública ou entre estes e entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes”.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018., p. 920-921.

do Sul, essas normas de governança orçamentária dos recursos de transferências especiais estão previstas em decretos¹⁷.

No entanto, se o procedimento a ser adotado incluir regramento tanto para estados quanto para municípios, poder-se-ia falar em emenda à constituição estadual. Nesse caso, poder-se-ia falar em normas específicas de fiscalização por Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais de Contas dos Municípios (onde houver). Isso porque o regramento de uma constituição estadual possui normas aplicáveis ao respectivo Estado e aos municípios que se encontram em seu território. Segundo Fernanda Dias Menezes de Almeida:

De fato, as Constituições Estaduais também se ocupam com os Municípios, que, embora entes autônomos, se localizam dentro do território do Estado-membro, devendo harmonizar-se com as regras de convivência estabelecidas pelo poder constituinte decorrente. E, sem dúvida, o Estado, mesmo tendo perdido a competência de elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, continua a ter papel de relevo em suas vidas, se considerarmos, por exemplo, que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do art. 18, § 4º da Constituição, far-se-ão por lei estadual, dentro de período determinado por lei complementar federal. Porém, como afirmado em momento anterior, um dos limites que se põe ao poder constituinte estadual é justamente a autonomia municipal, que, se atingida, pode ensejar intervenção federal no Estado¹⁸.

No caso dessa norma da Constituição estadual, deve-se ter cautela para evitar excessivo detalhamento do procedimento contábil e operacional das verbas decorrentes de transferências especiais dentro do orçamento do ente municipal. Nesse último caso, haveria a possibilidade de ferir a autonomia municipal. Essa cautela não impede, entretanto, que procedimentos de boa governança orçamentária relacionados ao 166-A estejam expressamente previstos na Constituição Estadual.

Ressalta-se que as regras do artigo 166-A são normas de reprodução obrigatória em razão do princípio da simetria. É possível defender que Estados possam reproduzir as regras de emendas parlamentares impositivas em matéria orçamentária em suas constituições estaduais, desde que a reprodução seja idêntica e posterior à EC nº 105/2019 em razão do princípio da simetria¹⁹. É o caso do artigo 175-A da Constituição Estadual de São Paulo (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 50/2021), segundo o qual *“As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos aos Municípios por meio de: I - transferência especial; ou II - transferência com finalidade definida”*. A Constituição Estadual deve observar igualmente as normas gerais de finanças públicas dispostas em legislação federal (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964).

Por fim, destaca-se que *o segundo gargalo, que cuida da ausência de transparência na execução orçamentária, não é objeto de omissão legislativa*, porquanto já previsto no artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal e no artigo 163-A da Constituição. Reitera-se que artigo 19 da Portaria interministerial é ilegal e inconstitucional justamente por contrariar tais normas que obrigam a transparência da execução orçamentária.

17 Decreto estadual 16.023/2022 no caso do Mato Grosso do Sul e Decreto estadual n. 66.426/2022 no caso do Estado de São Paulo.

18 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Atividade constituinte nos estados e nos municípios. In: Federalismo e Poder Judiciário / coordenação: Renato Siqueira de Pretto, Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 1667-168

19 Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 6308, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2022; ADI 6670, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2021.

CONCLUSÃO

No procedimento das emendas pix, há desenhos institucionais que dificultam a fiscalização e incentivam o descumprimento de normas. Ressalta-se que a descentralização fiscal não é um gargalo, mas um instrumento político de governança que mitiga o monopólio de poder estatal. Pode-se dizer que há quatro gargalos: (1) na origem, há a ausência de responsabilização dos entes receptores infratores no momento da definição dos beneficiários das emendas pix; (2) a falta de transparência na execução orçamentária; (3) a baixa governança orçamentária de grande parte dos entes receptores; e (4) a ausência de institucionalização da comunicação e cooperação entre Tribunal de Contas da União, de um lado, e Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal (TCE e TCDF) e dos municípios (TCM), do outro.

A regulamentação dos procedimentos a serem seguidos para operacionalizar os recursos provenientes de transferências especiais pode ser realizada, conforme o caso, por: contratos de cooperação técnica, leis e decretos; e emenda à constituição estadual. Em todos os casos, devem ser obedecidas as regras estruturantes do artigo 166-A da Constituição referentes às condicionalidades de gastos e as normas gerais de finanças públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de. *Transferências Especiais e Incentivos Parlamentares*. XI Prêmio SOF de monografias. Tema 2: Inovação e Orçamento Público. Brasília: ENAP, 2022.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Atividade constituinte nos estados e nos municípios. In: *Federalismo e Poder Judiciário / coordenação: Renato Siqueira de Pretto, Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.
- ARIKAN, G. Gulsun. “Fiscal Decentralization: A Remedy for Corruption?”. *International Tax and Public Finance*, 11, pp. 175–95, 2004.
- BORALI, Natasha. *Capacidade estatal e tribunais de contas no Brasil: uma análise sobre seus recursos humanos e informacionais*. 2018. Tese de Doutorado. Fundação Getulio Vargas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 048-A, de 2019*. Senado Federal: Brasília, 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica 42/2019*. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Assunto: PEC 34/2019, que “altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica”. Senado Federal: Brasília, 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Nota Técnica 02/2021*. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Assunto: Transferência Especial da União aos demais Entes (art. 166-A da CF). Modalidade restrita às emendas individuais. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Manual de Emendas Orçamento da União para 2023 - Instruções para elaboração de emendas ao PLN 32/2022-CN*. Brasília: Congresso Nacional, 2023.

CONTI, José Mauricio. *A luta pelo direito financeiro*. São Paulo: Blucher Open Access, 2022.

FARIA, Rodrigo. O redesenho das instituições orçamentárias, a explosão das emendas de relator-geral RP-9 e o julgamento do orçamento secreto pelo STF. *Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento (RBPO)*, Volume 13, e2302, p. 1-24. RBPO: Brasília, 2023.

GERBASE, Livi. O orçamento secreto e suas implicações na garantia de direitos humanos. *Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC)*. INESC: Brasília, 2021.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 15. ed, ampliada, revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luciano de Souza. Repasse de recursos: convênio ou transferência fundo a fundo? *Orçamento público em discussão n. 08*. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Senado Federal: Brasília, 2013.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 89–119-89–119, 2021.

MASCARENHAS, Caio Gama. Orçamento impositivo e as transferências do artigo 166-A da Constituição: Notas sobre regime jurídico, accountability e corrupção. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ)*, [S. l.], volume 6, número 1, 2023. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/340/269>.

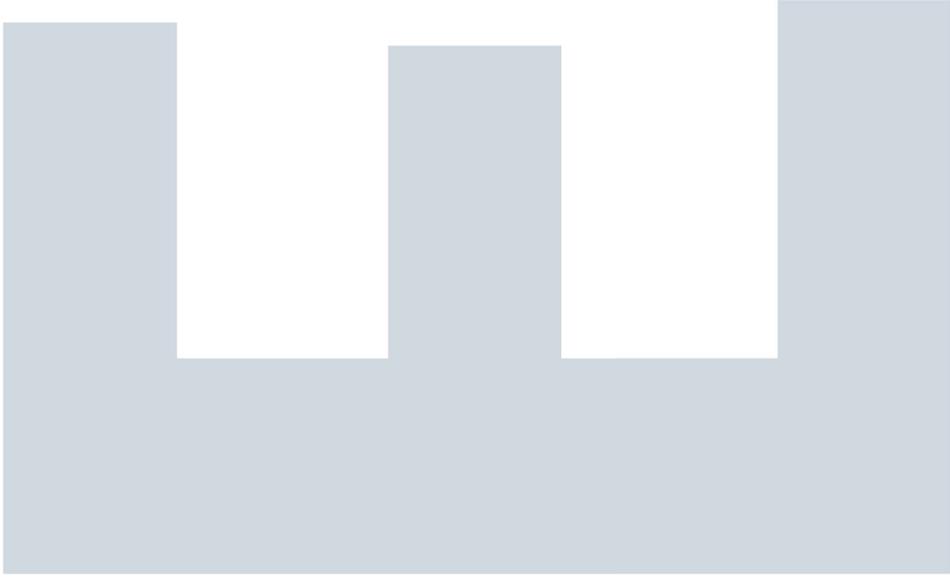
MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLKOWSKI, Gustavo Ferreira. *Planejamento da Licitação de Obras Públicas de Edificação e Saneamento*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ROCHA, Enivaldo Carvalho da et al. Capacidade institucional e corrupção: Tribunais de Contas Estaduais em perspectiva comparada. *Revista Debates*, v. 8, n. 3, p. 181-204, 2014.

SHAH, Anwar. *Corruption and decentralized public governance*. World Bank Policy Research Working Paper 3824. World Bank: Washington, D.C., 2006.

TREISMAN, Daniel. *The architecture of government: Rethinking political decentralization*. Cambridge University Press: Los Angeles, 2007.



LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE, UMA RELEITURA NECESSÁRIA DA TRÍPLICE IDENTIDADE

LIS PENDENS IN HEALTH ACTIONS, A NECESSARY REVIEW OF THE TRIPLE IDENTITY

Jordana Pereira Lopes Goulart¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Litispêndência; 1.1 Conceito, requisitos e finalidade; 2 Litispêndência nas ações de saúde; 2.1 Solidariedade passiva entre os entes federativos e *forum shopping*; 2.2 A necessária flexibilização da identidade das partes nas ações de saúde; 2.3 Litispêndência *versus* conexão; 2.4 Análise de casos concretos; Conclusão; Referências.

RESUMO

Diante do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da solidariedade passiva dos entes públicos nas demandas prestacionais na área da saúde, surge a possibilidade de ajuizamento concomitante pela mesma parte autora de diversas ações em face de qualquer dos entes federados (União, Estado, Município e Distrito Federal) com idênticos pedido e causa de pedir em juízos distintos. Em razão disso, o presente artigo objetiva demonstrar que a análise estritamente formal e rígida do critério da tríplice identidade para fins de caracterização da litispêndência, sobretudo no tocante à identidade do polo passivo, é insuficiente para solucionar problemas de identidade de demandas no âmbito da judicialização da saúde, sendo necessário, além de uma releitura do polo passivo, considerando o Ente Público em sentido amplo, aplicar o critério da identidade da relação jurídica, a fim de se verificar se há ou não repetição de ações idênticas em determinado contexto. Pretende-se, assim, atender à finalidade do instituto da litispêndência, coibir condutas processuais abusivas e, principalmente, evitar desperdício de dinheiro público.

PALAVRAS-CHAVE: Litispêndência. Tríplice identidade. Ações de saúde. Solidariedade passiva. Estado.

ABSTRACT

In view of the consolidated understanding of the Supreme Court about the passive solidarity of public entities in the health demands, there is the possibility of concurrent filing by the same plaintiff of several actions in the face of any of the federated entities (Union, State, Municipality and Federal District) with identical request and cause of action in different courts. As a result, this article aims to demonstrate

¹ Especialista em direito material e processual do trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

that the strictly formal and rigid analysis of the triple identity criterion for purposes of characterizing lis pendens, especially regarding the identity of the passive pole, is insufficient to solve problems of identity of demands within the scope of judicialization health, being necessary, in addition to a re-reading of the passive pole, considering the State in a broad sense, to apply the criterion of the identity of the legal relationship, in order to verify whether or not there is a repetition of identical actions in a given context. It is intended, therefore, to serve the purpose of the lis pendens institute, to prevent abusive procedural conduct and, above all, to avoid wasting public money.

KEYWORDS: Lis pendens. Triple identity. Health actions. Passive solidarity. State.

INTRODUÇÃO

O aumento substancial e crescente da judicialização do direito à saúde é um fenômeno conhecido por toda sociedade jurídica, notadamente por aqueles que atuam na defesa dos entes públicos.

De acordo com a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demandas dessa natureza registraram um aumento de 130% entre 2008 e 2017, sendo que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50% (HERCULANO; MELO, 2019).

Diante desse cenário e do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (RE 855178 – tema 793²) acerca da responsabilidade solidária dos entes públicos nas demandas prestacionais na área da saúde, surge a possibilidade de ajuizamento pela mesma parte autora de diversas ações em face de qualquer dos entes federados (União, Estado, Município e Distrito Federal) com idênticos pedido e causa de pedir em juízos distintos.

Constata-se, assim, que nas ações de saúde há diversos foros concorrentes para o conhecimento e julgamento da causa a depender do ente que comporá o polo passivo, o que pode ensejar o abuso do denominado pela doutrina de direito internacional de *forum shopping*, além da tramitação concomitante de processos com idêntico objeto litigioso relativos ao mesmo autor.

Advém daí o questionamento acerca da caracterização ou não da litispendência entre demandas judiciais ajuizadas pela mesma parte autora, com iguais pedido e causa de pedir, em face de entes públicos diversos.

Dessa forma, o objetivo do presente artigo é demonstrar que a análise estritamente formal e rígida do critério da tríplice identidade para fins de caracterização da litispendência é insuficiente para solucionar problemas de identidade de demandas no âmbito da judicialização da saúde, sendo necessário, além de uma releitura do polo passivo, considerando o Ente Público em sentido amplo, aplicar o critério da identidade da relação jurídica, a fim de se verificar se há ou não repetição de ações idênticas em determinado contexto.

2 Tese de repercussão geral fixada: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

De início, a metodologia utilizada consiste numa análise teórica do instituto da litispendência: conceito, requisitos e finalidade e, especificamente, da litispendência nas ações de saúde, atentando-se à solidariedade passiva dos entes federados e ao *forum shopping* existente nessas ações.

Posteriormente, apresenta-se a incompletude do critério da tríplice identidade para configuração da litispendência em demandas dessa natureza, propondo-se uma flexibilização da identidade das partes para fins de sua caracterização, tal como ocorre nas ações coletivas, bem como a aplicação complementar da teoria da identidade da relação jurídica. E, ainda, é feito um estudo comparativo entre os institutos da litispendência e da conexão e de seus efeitos jurídicos, visando identificar qual deles melhor se ajusta à relação das demandas em foco.

Por fim, tem-se uma exposição de decisões judiciais que abordaram a problemática ora tratada, a fim de se verificar qual a solução dada em cada caso e qual a solução jurídica que mais se harmoniza aos princípios processuais constitucionais e à finalidade do instituto da litispendência.

1. LITISPENDÊNCIA

1.1. Conceito, requisitos e finalidade

No direito processual civil brasileiro, o instituto da litispendência possui dupla acepção³, sendo: a) o marco a partir do qual pende a lide, previsto no artigo 240⁴ do Código de Processo Civil – CPC e; b) pressuposto processual negativo, que obsta a coexistência de mais de um processo com a mesma demanda, conforme artigo 337, §§1º, 2º e 3º, CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 269).

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 269), “pende a lide para o demandado a partir da citação válida. Para o demandante, já existe a litispendência desde que proposta a ação (arts. 284 e 312, CPC)”.

Embora os significados sejam distintos, eles se relacionam, pois, havendo processo pendente (litispendência), o réu novamente demandado informa ao juízo do novo processo a pendência de ação com o mesmo conteúdo, ou seja, alega a existência de um pressuposto processual negativo, o que ensejará sua extinção sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC (DIDIER; ZANETI, 2013, p. 180).

A extinção do processo por litispendência ou coisa julgada se dá por conta da vedação do *bis in idem*. Isso porque o sistema processual não admite que haja uma ilegítima duplicação de atividades processuais em torno do mesmo objeto (CÂMARA, 2017).

É importante salientar que, ainda que o demandado não suscite a ocorrência de litispendência, esta poderá ser reconhecida pelo juiz, pois trata-se de matéria cognoscível de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (artigo 485, §3º, CPC).

3 No mesmo sentido leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 554 e 555): “o termo ‘litispendência’ é equívoco, podendo significar pendência da causa (que começa a existir quando de sua propositura e se encerra com sua extinção) ou pressuposto processual negativo verificado na concomitância de processos idênticos (mesma ação)”.

4 *In verbis*: “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

Em que pese seja cediço que o pronunciamento judicial que extingue o processo sem resolução do mérito não obsta uma nova propositura da ação, no caso de extinção em razão de litispendência, o ajuizamento da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito, conforme preceitua o artigo 486, *caput* e §1º do CPC.

No tocante aos requisitos para sua caracterização, verifica-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada (artigo 337, §1º, CPC), isto é, quando se repete ação que está em curso (artigo 337, §3º, CPC). O que a distingue da coisa julgada é que essa se dá quando há repetição de ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado (artigo 337, §4º, CPC).

A identidade de ações é aferida mais comumente nos termos positivados pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 337, §2º, com base no *critério da tríplice identidade* entre os elementos da demanda: *mesmas partes, causa de pedir e pedido*.

Como bem esclarecido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 363): “A identidade de partes que se exige é a identidade jurídica e não necessariamente a identidade física. Interessa para identificação e semelhança entre as ações a qualidade jurídica com que a pessoa se apresenta no processo.”

A causa de pedir, por sua vez, deve ser idêntica à outra em seu aspecto próximo (fundamentos jurídicos) e em seu aspecto remoto (fatos jurídicos) e o pedido, tanto em seu aspecto imediato (providência jurisdicional) como no mediato (bem da vida) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 363).

Cumprе ressaltar que a averiguação escoreita da caracterização ou não de repetição de processos idênticos é imprescindível para que o instituto da litispendência cumpra com sua finalidade, que é garantir economia processual, harmonização de julgados e segurança jurídica.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 585):

Não há qualquer sentido na manutenção de dois processos idênticos, com realização duplicada de atos e gasto desnecessário de energia. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de desprestígio ao Poder Judiciário, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de incompatibilidade lógica ou prática dos julgados contrários.

Com efeito, o encerramento do segundo processo em casos de litispendência e coisa julgada, bem como a reunião de processos em casos de conexão e continência, representam uma típica aplicação do princípio da economia processual, o qual preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais (GRINOVER, 2019, p. 1149).

De acordo com Antônio Gidi (1995, p. 223), a finalidade do instituto da litispendência é impedir a coexistência de decisões conflitantes.

Portanto, a litispendência visa evitar o conflito prático e lógico de julgados, que desprestigia o Judiciário e cria situações de injustiça, violando assim o princípio da segurança jurídica.

O referido princípio, de acordo com Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 103), pode ser distinguido em dois sentidos, a saber, “a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas.”

Diante disso, a existência de decisões conflitantes em processos idênticos infirma a segurança que deriva da previsibilidade das decisões e, por isso, deve ser evitada.

Fixadas as premissas teóricas acerca do instituto, passa-se ao estudo específico da caracterização da litispendência nas ações de saúde, considerando as múltiplas possibilidades de composição do polo passivo, em razão da solidariedade dos entes federados na prestação de serviços de saúde.

2. LITISPENDÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE

2.1. Solidariedade passiva entre os entes federativos e *forum shopping*

Prevista como um direito social fundamental na Constituição Federal de 1988 (artigo 6º), a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação com atendimento integral, conforme estabelecem os artigos 196 e 198, II, do texto constitucional.

Diante do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e de sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º, da CF)⁵, atrelado à promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde; à escassez de recursos públicos (subfinanciamento do sistema público de saúde) e à gestão deficiente, em razão da falta de coordenação entre os vários serviços; somados a uma concepção equivocada de que se trata de um direito ilimitado⁶; tem-se verificado um aumento crescente nas ações judiciais⁷ em face dos entes públicos, nas quais se pleiteiam o fornecimento de medicamentos, tratamentos, leitos hospitalares, equipamentos, dentre outros serviços de saúde.

As ações objeto do presente artigo são, portanto, ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Em virtude da instituição pela Constituição Federal de 1988 de um *federalismo solidário*, ante a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CF, artigo 23, II), o plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178/SE, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras

5 Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 155 e 156): “Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível.”.

6 Acerca da ausência de direito absoluto à saúde, Gilmar Mendes (2015, p. 661) leciona que: “Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.”.

7 Atualmente, são mais de dois milhões de ações sobre saúde, de acordo com dados recentes do Relatório Justiça em Números, do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/#:~:text=Atualmente%2C%20s%C3%A3o%20mais%20de%20dois,%2C%20mas%20negligenciados%20pelo%20Estado>. Acesso em: 9 jan. 2021.

de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (grifou-se)

Embora tenha havido uma ressignificação da solidariedade⁸ que vai além do seu universo no âmbito do direito privado, ante a própria previsão constitucional dos critérios de hierarquização, descentralização e regionalização do SUS, extrai-se da tese acima que os entes federados (União, Estados e Municípios) podem ser demandados solidariamente⁹ como litisconsortes passivos nas demandas em que se pleiteia o fornecimento de tecnologias de saúde pelo SUS, confirmando a antiga jurisprudência do STF, externada na STA 175¹⁰ e suspensão de segurança 3355¹¹.

Logo, o polo passivo pode ser composto por qualquer um dos entes federados, isoladamente, ou conjuntamente, competindo à parte autora a escolha¹², o que repercutirá diretamente no foro competente para processamento e julgamento do feito.

Face à existência de foros concorrentes, isto é, diversos foros em princípio competentes para processar e julgar as ações de saúde a depender do ente federado contra o qual será ajuizada a ação, o autor exercita aquilo que já se denominou de *forum shopping*: a escolha do foro pelo demandante (DIDIER, 2017, p. 232).

Segundo Mateus Fernandez Xavier (2016, p. 182), de forma resumida e no âmbito do direito internacional, pode-se definir *forum shopping* como a seleção estratégica de um tribunal para julgamento de um caso concreto, e/ou a decisão de se proceder com litigação paralela em diferentes cortes internacionais, e/ou a decisão de levar adiante demanda seriada em diferentes tribunais.

No mesmo sentido, para Solano de Camargo (2015, p. 77): “o conceito de *forum shopping*, de uma forma geral, relaciona-se a uma faculdade de se escolher uma jurisdição para se demandar, em hipóteses em que haja competência internacional concorrente”. Franco Ferrari cita decisão italiana proferida no Tribunal de Rimini, que conceitua *forum shopping* como a atividade que visa a alcançar a jurisdição mais favorável aos interesses do demandante (apud CAMARGO, 2015, p. 77).

8 Conforme se extrai do item “1.5. Conclusão do voto” do Min. Edson Fachin (p. 36 do acórdão), o assunto solidariedade foi melhor definido. Veja-se: Quanto ao desenvolvimento da tese da solidariedade enuncia-se o seguinte: i) A obrigação a que se relaciona a reconhecida responsabilidade solidária é a decorrente da competência material comum prevista no artigo 23, II, CF, de prestar saúde, em sentido lato, ou seja: de promover, em seu âmbito de atuação, as ações sanitárias que lhe forem destinadas, por meio de critérios de hierarquização e descentralização (arts. 196 e ss. CF); ii) Afirmar que “o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles (entes), isoladamente ou conjuntamente” significa que o usuário, nos termos da Constituição (arts. 196 e ss.) e da legislação pertinente (sobretudo a lei orgânica do SUS n. 8.080/90) tem direito a uma prestação solidária, nada obstante cada ente tenha o dever de responder por prestações específicas, que devem ser observadas em suas consequências de composição de polo passivo e eventual competência pelo Judiciário; iii) Ainda que as normas de regência (Lei 8.080/90 e alterações, Decreto 7.508/11, e as pactuações realizadas na Comissão Intergestores Tripartite) imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal (de financiar a aquisição) pela prestação pleiteada, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, como responsável pela obrigação, para ampliar sua garantia, como decorrência da adoção da tese da solidariedade pelo dever geral de prestar saúde;

9 A responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento de saúde é objeto de proposta de súmula vinculante (PSV n. 4).

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na suspensão de tutela antecipada - STA 175 AgR/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 30/04/2010.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. na suspensão de segurança - SS 3355 RN. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 30/04/2010.

12 Não será objeto deste artigo a discussão acerca da obrigatoriedade do ente público responsável pela prestação em saúde pleiteada figurar no polo passivo da demanda e da possibilidade de o magistrado determinar a correção do polo passivo, a fim de viabilizar o direcionamento do cumprimento da obrigação ao ente responsável, bem como eventual ressarcimento financeiro, conforme restou assentado na tese de repercussão geral fixada no tema 793 do STF, em especial, no voto do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão.

Como bem exemplifica Clenio Jair Schulze (2018, p. 22-23):

No âmbito da Judicialização da Saúde o *forum shopping* tornou-se um lugar comum. Por várias razões:

Em primeiro lugar porque o autor do processo pode escolher em face de quem a demanda será ajuizada. Se a ação for intentada em face da União, o Juízo competente será o Federal. Se tal ente não participar da lide, o processo tramitará na Justiça Estadual.

Em segundo lugar, se a União participar, além do Município de residência, é possível escolher entre ajuizar a ação na capital federal (Brasília) ou na capital do estado de origem do autor da ação.

Em terceiro lugar, já é possível saber antecipadamente se o Juiz tem um posicionamento favorável ou não ao pleito. Há algoritmos criados por intermédio da Jurimetria e da Inteligência Artificial que indicam quantos processos sobre a mesma questão já foram julgados procedentes pelo mesmo magistrado. Assim, se há posição favorável o advogado do autor construirá algum argumento para que este Juiz seja o competente para julgar o seu processo.

Em quarto lugar, não é incomum encontrar situações em que a parte pede desistência do processo em razão do indeferimento da liminar e fomenta nova ação perante outro Juízo, em razão de alteração do demandado (exclui ou inclui a União, de modo a afastar ou atrair a competência da Justiça Federal).

Não se pode olvidar que a escolha do foro dentre aqueles que “em tese” são competentes é um direito potestativo do autor. Todavia, o exercício desse direito não pode extrapolar os limites da boa-fé, sob pena de configurar abuso de direito. Nesse sentido:

É compreensível que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. É do jogo, sem dúvida. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé. Essa escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé. (DIDIER, 2017, p. 232)

Diante dessa multiplicidade de foros competentes nas demandas de saúde, o autor pode ajuizar ações com mesmo pedido e causa de pedir em juízos distintos, que tramitarão em paralelo, porém cada uma em face de um ente público diverso. E mais, pode condicionar o prosseguimento de determinado processo ao resultado obtido no outro, desistindo daquele cuja decisão lhe foi desfavorável.

Conclui-se, assim, que um mesmo indivíduo pode ajuizar três ações distintas, uma contra a União, outra contra o Estado ou Distrito Federal, e uma terceira contra o Município, todas elas deduzindo a mesma pretensão (DRESCH; GEBRAN, 2015).

A questão que se coloca, objeto de análise no tópico seguinte, é: restaria caracterizada a litispendência entre essas ações, já que não há uma perfeita e formal identidade subjetiva quanto ao polo passivo?

2.2. A necessária flexibilização da identidade das partes nas ações de saúde

Imagine-se a seguinte situação hipotética: João ajuizou uma ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência em face da União perante o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Campo Grande pleiteando o fornecimento do medicamento “X”, em virtude de ser portador da doença “Y”. Meses depois, ajuizou outra ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência em face do Estado de Mato Grosso do Sul perante o Juizado Especial da Fazenda Pública de Campo Grande requerendo o fornecimento do medicamento “X”, por ser portador da doença “Y”.

Pode-se falar que as citadas ações são idênticas e, por isso, haveria litispendência?

Com base na teoria da tríplice identidade positivada pelo Código Processual Civil Brasileiro para fins de definição e caracterização da litispendência (artigo 337, §§1º e 2º), não há controvérsia quanto à identidade do pedido e da causa de pedir, eis que o fato que ensejou a pretensão autoral é exatamente o mesmo.

O impasse está na suposta identidade das partes. Considerando o conceito processual de partes como os sujeitos parciais do processo, aqueles que participam em contraditório da formação do resultado do processo (CÂMARA, 2017), não há uma identidade formal, física entre as partes processuais integrantes do polo passivo das ações, já que um é composto pela União e outro pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

No entanto, tal como pontuado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Miti-diero (2015, p. 363), a identidade das partes deve ser aferida a partir da análise da relação jurídica de direito material controvertida, ou seja, consideram-se partes os titulares dos interesses em litígio, a exemplo do que ocorre nas ações coletivas e no mandado de segurança impetrado em face de autoridades coatoras distintas integrantes da mesma pessoa jurídica, conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDENTIDADE DE BENEFICIÁRIOS. LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, nas ações coletivas, para análise da configuração de litispendência, a identidade das partes deve ser aferida sob a ótica dos possíveis beneficiários do resultado das sentenças, tendo em vista tratar-se de substituição processual por legitimado extraordinário.

2. Recurso especial provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1726147/SP. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 14/05/2019. DJe 21/05/2019) (grifou-se)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IDENTIDADE ENTRE PEDIDO, CAUSA DE PEDIR E PARTES. LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO V, DO CPC.

I - A razão de ser do instituto da litispendência é evitar que a parte ingresse com duas ações judiciais buscando o mesmo resultado, o que, em regra, ocorre quando o postulante formula, em face do mesmo sujeito processual, idêntico pedido, fundado na mesma causa de pedir:

II - No mandado de segurança, “a autoridade coatora é um fragmento da pessoa jurídica de direito público interessada, e, se dentro dela há legitimidade passiva de mais de uma autoridade coatora, logo há identidade de parte para efeito de caracterizar litispendência e coisa julgada”. Precedente: RMS 11.905/PI, Rel. 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 23/08/2007.

III - In casu, resta evidenciada a tríplice identidade entre partes, pedidos e causa petendi em relação a ações intentadas pelo recorrente, razão pela qual o presente processo merece, consoante entendimento da c. Corte a quo, ser extinto, sem julgamento

do mérito, ex vi do art. 267, inciso V, do CPC. Recurso ordinário desprovido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso em Mandado de segurança 30595 RJ 2009/0190376-0. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 18/03/2010. DJe 05/04/2010) (grifou-se)

Acerca da caracterização da litispendência nas ações coletivas, ainda que o polo ativo seja composto por legitimados diferentes, Ada Pellegrini Grinover (2019, p. 1377-1379) leciona sobre a importância de se *determinar o objeto do processo trazido pelo demandante, conforme a causa de pedir e o pedido contidos na inicial*:

Tomando-se o confronto entre a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, parece inafastá-

vel que, entre ambas, pode existir identidade; parcial ou até mesmo total. *É evidente que entre uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público, e outra, intentada por uma associação, tendo ambas o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, haverá relação de litispendência.* Mas esta identidade de demandas também pode ocorrer entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, ou até entre uma ação civil pública e uma ação popular: conforme já tive oportunidade de observar, na ação civil pública intentada para a defesa da moralidade pública e a ação popular constitucional, por exemplo, poderá haver conexão (identidade de pedido ou causa de pedir – art. 55 do NCPC, correspondente ao art. 103 do CPC/1973), ou continência (se um pedido for mais amplo do que outro – art. 56 do NCPC, correspondente ao art. 104 do CPC/1973): aqui, também, *a pedra de toque para o exame dos nexos entre as ações é dada pela análise do pedido e da causa de pedir. Por outras palavras, o que importa nesses casos, conforme sempre oportuna lição de Kazuo Watanabe, é verificar “o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso”* (v. retro, comentários ao art. 81, n° 7).

(...)

Tais considerações, como visto, podem ser feitas a propósito de diferentes ações populares, de diversas ações civis públicas, de distintos mandados de segurança coletivos ou, ainda, no cotejo de umas com outros: *a diversidade subjetiva do autor; substituto processual da coletividade, não infirma, de modo algum, a ocorrência de fenômenos como os da conexão, continência ou mesmo da litispendência. O que importa é determinar o objeto do processo trazido pelo demandante, conforme a causa de pedir e o pedido contidos na inicial. A partir desses elementos é que será possível aferir o fenômeno da identidade – total ou parcial –, impondo providências que impeçam duplicidade ou desarmonia de julgamentos, previstas nos arts. 54 a 59 (correspondem aos arts. 102 a 106 do CPC/1973) e 485, V, do NCPC (correspondente ao art. 267, V, do CPC/1973).* (grifou-se)

Nesse sentido é a posição de Antônio Gidi (1995, p. 218-219):

Poder-se-ia argumentar que não haveria litispendência entre duas ações coletivas em defesa de um mesmo direito material, se interpostas por diferentes legitimados (dentre aqueles constantes no art. 5° da LACP ou art. 82 do CDC). Afinal, dir-se-ia, ainda que a causa de pedir e o pedido sejam os mesmos, as partes não o seriam. Em que pese o fato de as pessoas não serem empiricamente as mesmas, entendemos que, para efeito de legitimidade, litispendência, efeitos da sentença e sua imutabilidade (autoridade da coisa julgada), juridicamente, trata-se da mesma parte. Por outro giro, as partes são consideradas as mesmas pelo direito positivo, muito embora, empiricamente, no mundo naturalístico, não o sejam.

Corroborando a tese, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 181) lecionam que:

Assim, é possível que uma mesma ação coletiva possa ser proposta por diferentes legitimados ativos. É possível, portanto, que haja litispendência sem identidade entre as partes autoras. A identidade de parte autora é irrelevante para a configuração da litispendência coletiva (no caso de ação coletiva passiva, essa irrelevância dirá respeito ao polo passivo do processo).

Em sentido diverso, pequena parte da doutrina, a exemplo de Fernando Gajardoni (2012, p. 94), sustenta que a identidade de parte formal, ainda que haja identidade da parte material (na verdade, dos titulares do direito material tutelado pela ação), “é indispensável para a ocorrência da litispendência e para a extinção dos processos assim considerados”.

Defende, assim, que a melhor posição é a que afasta a ocorrência da litispendência e reconhece a conexão (com determinação para julgamento conjunto ou suspensão de parte das ações semelhantes).

Todavia, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e no Projeto de Lei nº 5.139/2009¹³, da Câmara dos Deputados, a diferença de legitimados ativos não é empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos, o que significa que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação (GRINOVER, 2019, p. 1149).

¹³ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5EC3302CBD621D965E3FC-C17DA074D76.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009. Acesso em: 17 jan. 2021.

A razão subjacente ao entendimento exposto é coibir a existência de julgados contraditórios e a movimentação desnecessária do judiciário repetidas vezes para obtenção de idêntica tutela jurídica em favor dos mesmos beneficiários, tendo em vista que nas ações coletivas a legitimação ativa é extraordinária (o legitimado age em nome próprio defendendo interesse da coletividade), concorrente (há vários legitimados) e disjuntiva (qualquer um deles pode propor sozinho a demanda coletiva) (DIDIER; ZANETI, 2013, p. 181).

Embora não se tratem de ações coletivas, o que se propõe é a aplicação desse mesmo raciocínio às ações de saúde para fins de caracterização da litispendência.

Isso porque, como visto, nas ações coletivas a discussão quanto à identidade das partes se dá em relação ao polo ativo, já nas ações individuais de saúde a dúvida surge quanto ao polo passivo, devido à legitimidade passiva concorrente e disjuntiva dos entes federados em razão da solidariedade, de acordo com o tema 793 do STF.

Assim, a diversidade subjetiva formal de um dos polos não pode impedir a caracterização do instituto, devendo-se analisar as partes em sentido material (titulares dos interesses em litígio) e o objeto litigioso do processo.

Desse modo, exclusivamente para fins de análise de replicação de demandas idênticas e aplicação dos institutos processuais daí decorrentes, é imperioso que haja uma releitura da identidade das partes em relação ao polo passivo da ação para que, independentemente do ente federado demandado, seja considerado o Ente Público em sentido amplo, como consta na previsão expressa do artigo 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do *Estado* (...)” e no art. 2º da Lei n. 8.080/90: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o *Estado* prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Tal tese fundamenta-se no fato de que cada um dos entes federados (Estados, Municípios e União) é parte integrante de um todo, denominado Estado, o qual é obrigado pela prestação do conjunto de ações e serviços de saúde, que, embora integrem uma rede regionalizada e hierarquizada, constituem um sistema único. Da mesma forma em que “a autoridade coatora é um fragmento da pessoa jurídica de direito público interessada, e, se dentro dela há legitimidade passiva de mais de uma autoridade coatora, logo há identidade de parte para efeito de caracterizar litispendência e coisa julgada” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança 30595 RJ 2009/0190376-0. Relator: Min. Felix Fischer. DJe 05/04/2010).

Então, seja a demanda ajuizada contra o Estado (em sentido estrito) ou contra a União ou mesmo contra o Município, a pretensão jurídica da parte autora é uma só: o fornecimento de tratamento de saúde pelo Poder Público através do SUS; e os titulares dos interesses em litígio também são os mesmos, sendo de um lado o autor e do outro, o Ente Público em sentido amplo.

Ademais, independentemente de qual ente figure na relação processual, os três entes federados poderão ser atingidos pela decisão judicial, pois, a depender do caso, os demais podem ser compelidos a ressarcir financeiramente o ente que efetivamente cumpriu a obrigação, conforme as normas administrativas de repartição de competências no âmbito do SUS.

Ainda que se defenda que pela teoria da tríplice identidade a litispendência não estaria configurada, já que não há coincidência dos três elementos da demanda, deve-se aplicar a teoria da identidade

da relação jurídica, difundida por Savigny (apud TUCCI, 2009, p. 231), baseada na coincidência de determinado relacionamento jurídico entre dois sujeitos, para solucionar o problema da identificação de ações.

Sobre o assunto, o professor José Rogério Cruz e Tucci (2009, p. 232) discorre que, a despeito da adoção expressa pelo nosso código da teoria da tríplice identidade, “não pode restar dúvida de que a doutrina e a jurisprudência devem procurar soluções para determinadas questões que extravasam os lindes daquela.”

E propõe que, diante de tais situações excepcionais que revelam a insuficiência da teoria dos *tria eadem*, devem ser observadas duas regras quanto à sua incidência prática, quais sejam: a) o critério da tríplice identidade não é absoluto, mas, sim uma boa “hipótese de trabalho”; b) e quando o citado critério for inaplicável, perante uma situação concreta, deve ser empregada, em seu lugar, a teoria da identidade da relação jurídica (TUCCI, 2009, p. 232-233).

Com efeito, essa é uma situação que demonstra a incompletude da teoria consagrada pelo CPC e que sua aplicação exclusiva possibilita a existência de demandas substancialmente iguais mas processualmente distintas.

Diante disso, é possível concluir que, mesmo que as ações sejam compostas por entes diferentes, se houver coincidência do pedido, da causa de pedir e da parte autora, as demandas serão idênticas para fins de caracterização da litispendência ou da coisa julgada, eis que o conteúdo da relação jurídica material existente no processo é o mesmo: a obrigação de fornecimento pelo Poder Público através do SUS de determinada prestação em saúde.

A esse respeito, asseveram Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 180):

Essa definição de *litispendência* é correta, mas é *insuficiente*. A *tríplice identidade* dos elementos da demanda é apenas o caso mais emblemático de litispendência. Trata-se do exemplo mais claro do fenômeno. Mas não é o único.

Há litispendência quando pendem processos com mesmo conteúdo. A mesma *situação jurídica controvertida* é posta em mais de um processo para ser resolvida. Enfim, há litispendência quando o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo.

Caso esse não seja o entendimento adotado, é possível vislumbrar situações de potencial violação ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII e XXXVII, da CF/88), eis que, dispondo a parte da faculdade de demandar perante diversos juízos (*forum shopping*) e sem a possibilidade de caracterização da litispendência, poderia formular idênticos pedidos em paralelo em face de entes diferentes, escolher qual a decisão mais favorável para o seu caso e desistir das demais ações em andamento ou, ainda, não desistir de nenhuma delas para ampliar a garantia de atendimento ao seu pedido e aguardar em qual se dará o cumprimento em primeiro lugar.

Essa conduta, que ultrapassa os limites da boa-fé, configurando abuso de direito, acarreta superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos.

E mais, gera um verdadeiro caos no sistema público de saúde com aquisições em duplicidade, haja vista que diversos entes movimentariam suas máquinas administrativas para cumprimento de inúmeras decisões atinentes ao mesmo medicamento destinado à mesma pessoa, ocasionando desperdício de dinheiro público.

Desnecessário enfatizar que isso representa a prática duplicada de atos processuais pelo Judiciário para o mesmo fim em total divergência à economia processual, gera um risco de prolação de decisões contraditórias culminando, no caso concreto, em incompatibilidade prática dos julgados, bem como imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Dessarte, para garantir observância ao princípio do juiz natural, devido processo legal, coisa julgada, boa-fé, segurança jurídica, economia processual, harmonização dos julgados e, sobretudo, evitar desperdício de dinheiro público, afigura-se imprescindível o reconhecimento da litispendência entre demandas judiciais ajuizadas pela mesma parte autora, com iguais pedido e causa de pedir, em face de entes públicos diversos, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, consoante determina o artigo 485, V, do CPC.

2.3 Litispendência *versus* Conexão

Diante do que fora exposto, poder-se-ia questionar se a relação entre as ações individuais de saúde ajuizadas pelo mesmo autor, com idênticos pedido e causa de pedir em face de entes federados distintos não se enquadraria no conceito de conexão em detrimento da caracterização da litispendência aqui defendida, uma vez que, segundo o artigo 55 do CPC, “reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”.

Embora a citada relação entre as demandas de saúde, aqui tratadas, se aproxime da conexão, parece ajustar-se melhor ao instituto da litispendência, pois a conexão decorre da identidade parcial dos elementos da lide deduzida nos diversos processos e pressupõe, portanto, a existência de duas ou mais causas diferentes, enquanto a litispendência pressupõe a pendência de duas ou mais causas iguais.

Segundo lições de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 183), “a observação é importante, principalmente para que se evite a repositura de demanda que já fora julgada”.

Como se trata de repetição de ações pleiteando pretensão idêntica em favor do mesmo autor, elas são, antes e, mais que conexas, essencialmente idênticas, seja em razão de se considerar o polo passivo integrado pelo Ente Público (em sentido amplo), aplicando-se assim a teoria da tríplice identidade, seja em virtude da incidência subsidiária do critério da identidade da relação jurídica.

Esse ponto é de extrema relevância, pois o entendimento de que não se trata de ações iguais poderia levar à ideia de serem conexas, que não é a solução mais adequada, além de ensejar situações de violação à segurança jurídica e à coisa julgada, já que bastaria ao autor, diante de uma decisão de improcedência, repropor a mesma demanda de saúde, rediscutindo questões já submetidas à apreciação do Poder Judiciário através da indicação de outro legitimado para compor o polo passivo do novo processo.

Tudo isso, além de contrariar a segurança jurídica que se traduz na estabilidade das relações definitivas (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 103), vai de encontro a um dos escopos da jurisdição¹⁴ que é a pacificação social, ao incentivar que o litígio seja rediscutido.

14 Segundo lições de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 2), “A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.”

Outrossim, como afirma Fredie Didier Jr. (2017, p. 259), “a conexão é fato jurídico processual que normalmente produz o efeito jurídico de determinar a modificação da competência relativa, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas”, a fim de promover a eficiência processual e evitar a prolação de decisões conflitantes.

Em que pese o efeito principal da conexão seja a reunião dos processos, se esta não for possível ou conveniente, poderá ser determinada a suspensão de um deles para evitar decisões contraditórias (NEVES, 2016, p. 208).

Observa-se que, no âmbito das ações individuais de saúde ora analisadas, a reunião dos processos de ações conexas para decisão conjunta (artigo 55, §1º, CPC) ou até mesmo a suspensão de um deles não seria útil à economia processual, já que a tramitação concomitante de ações exatamente com o mesmo fim, ainda que reunidas em um único juízo, representa inútil dispêndio de atividade jurisdicional. Ademais, não solucionaria o problema da mobilização desnecessária de máquinas administrativas distintas para a consecução do mesmo objetivo.

Além disso, não se pode olvidar o óbice à reunião dos processos para julgamento conjunto quando se estiver diante de ação ajuizada em face do Estado e/ou Município perante a Justiça Estadual e outra ação com iguais elementos da lide, porém em face da União, em trâmite na Justiça Federal, já que implicaria em alteração de competência absoluta em razão da pessoa.¹⁵

Nesses termos é o entendimento do STJ¹⁶:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL E A FEDERAL. RÉUS DISTINTOS. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA RATIONE PERSONAE. Compete à Justiça estadual processar e julgar demanda proposta contra o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, e à Justiça Federal processar, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, julgar ação proposta contra a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal.

Ante a incompetência absoluta em razão da pessoa, mesmo que se cogite de eventual conexão entre os pedidos formulados na exordial, ainda assim eles não podem ser julgados pelo mesmo juízo.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Conflito de Competência 119.090 MG. Informativo 504. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 12/9/2012. DJe 17/09/2012)

Por fim, acerca do efeito da litispendência, não se desconhece que, no âmbito das ações coletivas, parte da doutrina¹⁷ defende que, quando ocorrer litispendência com partes diversas, a solução deve ser a reunião dos processos para processamento simultâneo e não a extinção de um deles, em razão da natureza dos interesses supraindividuais tutelados, do regime jurídico específico das ações coletivas e, ainda, de suposta ofensa ao direito fundamental de acesso ao judiciário (artigo 5º, XXXV, da CF).

No entanto, em sentido contrário e com fulcro na previsão do Código de Processo Civil, Antônio Gidi (1995, p. 223-224) leciona que a litispendência deve resultar na extinção do segundo processo, com a possibilidade de intervenção da parte autora como assistente litisconsorcial no processo remanescente, o

¹⁵ Embora houvesse divergência entre a 1ª e 2ª Seção do STJ acerca da possibilidade ou não de reunião de ações coletivas conexas em trâmite na Justiça Federal e na Justiça Estadual, o STJ, por meio da Súmula 489, consolidou o entendimento de que devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça Estadual (NEVES, 2016, p. 208-209).

¹⁶ No mesmo sentido, “A eventual existência de conexão entre demandas não é causa de modificação de competência absoluta, o que impossibilita a reunião dos processos sob esse fundamento” (STJ. AgInt nos EDcl no Conflito de Competência nº 156.751 BA. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 10/04/2019. DJe 15/04/2019).

¹⁷ Compartilham esse entendimento Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2013, p. 182).

que é corroborado pela jurisprudência do STJ (AgRg nos EmbExeMS 6.864/DF¹⁸, REsp 1.726.147/SP¹⁹).

No caso das ações de saúde, os fundamentos utilizados pela corrente que defende a reunião dos processos não possuem aplicabilidade, pois se tratam de ações que tutelam direitos estritamente individuais e que não se submetem a um regime jurídico específico, não há pluralidade de legitimados ativos e o exercício do direito fundamental de acesso ao judiciário está devidamente garantido, já que o ajuizamento de um único processo é suficiente para a tutela do direito à saúde reputado violado.

Portanto, o reconhecimento da litispendência entre as ações de saúde ajuizadas pelo mesmo autor contra entidades políticas diversas com a consequente extinção sem resolução do mérito do segundo processo é a medida que melhor garante efetividade ao princípio da economia processual, assegura a inviolabilidade da coisa julgada e, acima de tudo, garante uma melhor utilização dos recursos públicos e coíbe condutas violadoras da boa-fé processual.

2.4 Análise de casos concretos

A problemática tratada no presente trabalho acerca da caracterização da litispendência entre ações de saúde ajuizadas em face de entes federados distintos ultrapassa a seara acadêmica, ocorrendo também na prática jurídica. Contudo, não há pronunciamentos conclusivos dos tribunais superiores a esse respeito²⁰, havendo apenas entendimentos divergentes de juízes e tribunais estaduais, ora reconhecendo a litispendência, ora entendendo pela sua não ocorrência, como será demonstrado a seguir pela análise de casos práticos.

No Estado de Sergipe, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face do *Município de Aracaju*²¹ pleiteando a realização do procedimento cirúrgico denominado litotripsia extracorpórea em favor de um menor, por ser este portador de litíase renal.

No mesmo dia, o menor, representado por sua genitora e assistido pela Defensoria Pública Estadual, ajuizou ação condenatória com pedido de tutela de urgência contra o *Município de Aracaju e o Estado de Sergipe*²² requerendo o fornecimento do mesmo procedimento cirúrgico, em virtude da patologia citada acima (litíase renal).

A repetição de pedidos foi constatada pelo Núcleo de Assessoramento Técnico ao Judiciário (NATJUD) ao emitir a nota técnica em atendimento à solicitação do juízo, motivo pelo qual juntou ao segundo processo as mesmas informações técnicas anexadas ao primeiro.

Diante disso, a Procuradoria do Estado de Sergipe requereu em sua manifestação a extinção sem resolução do mérito do processo ajuizado pela Defensoria Pública, em razão da litispendência, o que fora acolhido pelo juízo, com os seguintes fundamentos:

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). AgRg nos EmbExeMS 6.864/DF. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Julgado em 14/08/2014. DJe 21/08/2014.

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 1.726.147/SP*. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 14/05/2019. DJe 21/05/2019.

20 Conforme pesquisas realizadas nos sítios eletrônicos em 24 de janeiro de 2021 do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no campo “Jurisprudência”, utilizando os termos “litispendência” e “saúde” como critério de busca.

21 Autos n. 202010300123 em trâmite na 3ª Vara Cível de Aracaju.

22 Autos n. 202011800141 em trâmite na 18ª Vara Cível de Aracaju.

Analisando, minuciosamente, o presente feito e diante das informações contidas na Nota Técnica do Natjud, realizado consulta ao *sistema pgrau*, constata-se a existência de outra ação tombada sob o nº 202010300123, constando os mesmos pedido e causa de pedir. Por este jaez, como é sabido, não se admite, em direito processual, que uma mesma lide seja objeto de mais de um processo simultaneamente, consoante prescreve o art. 485, inciso V e §3º do NCPC (...)

(...)

Demonstrada, pois, a ocorrência de litispendência, isto é, identificada a identidade de partes, objeto e de *causa petendi* entre os dois processos, imperioso se faz reconhecer a ocorrência do instituto da litispendência, *devendo ser extinta a presente demanda*.

Observa-se inclusive que apesar das demandas serem distribuídas em igual dia, o processo nº 202010300123 já se encontra com o pleito tutelar analisado e deferido.

Dessa forma, sem maiores delongas e por tudo que dos autos consta, *declaro extinto o feito*, sem análise do mérito *com fulcro no art. 485, V, do NCPC, para RECONHECER a litispendência com processo de nº 202010300123*.

(SERGIPE. Tribunal de Justiça. Sentença. Nº Processo 202011800141 - Número Único: 0004515-10.2020.8.25.0001. 18ª Vara Cível de Aracaju. Juíza Christina Machado de Sales e Silva. Julgado em 16/06/2020).

Nota-se que no caso relatado não há uma perfeita identidade subjetiva entre os polos ativo e passivo das duas demandas, já que em uma o Ministério Público é o autor, como substituto processual do menor, enquanto na outra o próprio menor, representado por sua genitora, figura no polo ativo. No tocante ao polo passivo, tem-se em um dos processos apenas o Município de Aracaju e no outro o Município de Aracaju e o Estado de Sergipe.

No entanto, como bem observado pela magistrada, uma mesma lide originou dois processos simultaneamente, o que não é admitido pelo sistema processual brasileiro, motivo pelo qual, a extinção do processo é a medida mais adequada.

Por sua vez, no Estado de Pernambuco, verificou-se a ocorrência da litispendência entre um processo ajuizado em face do Estado de Pernambuco²³ em 11 de abril de 2019, no qual se pleiteava o fornecimento do medicamento de alto custo denominado Spinraza (Nusinersen) para tratamento da doença grave e rara: amiotrofia espinhal progressiva – tipo II, e um processo com idêntico pedido e causa de pedir ajuizado pelo mesmo autor meses antes (28 de janeiro de 2019) em desfavor do Estado de São Paulo²⁴.

O custo anual do tratamento, conforme consta na petição inicial de ambos os processos, foi estimado em R\$ 1.399.411,04 (um milhão, trezentos e noventa e nove mil, quatrocentos e onze reais e quatro centavos) e as ações foram patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia, instruindo-as exatamente com os mesmos documentos.

Inicialmente o pedido de tutela provisória de urgência no processo em trâmite no Estado de São Paulo foi indeferido por decisão proferida em 01 de março de 2019. Nota-se que a ação em face do Estado de Pernambuco foi proposta após o indeferimento da tutela pleiteada no juízo de São Paulo.

Contudo, após a juntada de novos documentos médicos, o magistrado deferiu o pedido em face do Estado de São Paulo e na mesma data a tutela também foi deferida pelo juízo de Recife em face do Estado de Pernambuco, culminando na vigência de duas liminares idênticas para o atendimento da mesma finalidade em face de entes distintos, porém sem que um Estado tivesse conhecimento da ordem proferida em face do outro.

²³ Autos n. 0023213-37.2019.8.17.2001.

²⁴ Autos n. 1000650-20.2019.8.26.0566.

A situação difere dos casos de litisconsórcio passivo entre os entes públicos, pois nessas hipóteses, conforme estabelece o tema 793 do STF, a autoridade judicial deve direcionar o cumprimento da obrigação ao ente competente de acordo com as normas administrativas de distribuição de competências no âmbito do SUS ou, ainda, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente, nos termos do enunciado n. 87 da Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça - CNJ²⁵, a fim de evitar superposição de esforços e cumprimento simultâneo por mais de um dos entes, causando prejuízo ao erário.

E ainda que não ocorra essa individualização dos atos ou estabelecimento de ordem para cumprimento, os entes têm ciência da decisão prolatada em desfavor de todos eles e poderão se organizar administrativamente para que o cumprimento não se dê em duplicidade, o que não é possível quando os entes são demandados isoladamente em processos autônomos, como no caso ora analisado.

A litispendência relatada acima apenas foi constatada cinco meses após o deferimento da tutela, através de diligências internas da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco.

Intimada a se manifestar, a parte autora defendeu a não configuração da litispendência, pois o polo passivo de ambas as ações possui réus distintos e que o pleito duplicado se justifica em razão da necessidade de atendimento imediato e urgente pelo Estado mediante o fornecimento da medicação a fim de resguardar a saúde do menor.

A requerente afirmou expressamente que sua pretensão era a desistência da ação junto ao processo que não acolhesse o pedido liminar, ou o acolhesse por último, permanecendo em trâmite apenas aquele que o deferiu, o que evidencia a preocupação exarada nos tópicos anteriores acerca da utilização abusiva do *forum shopping*, em total contrariedade à boa-fé processual, e a necessidade de se coibir essa prática, sendo uma das ferramentas o reconhecimento da litispendência e, considerando as peculiaridades do caso, até mesmo a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, com fulcro nos artigos 79 a 81 do CPC.

Não houve pronunciamento do juízo sobre a caracterização ou não da litispendência, pois a autora requereu a desistência da ação ajuizada em face do Estado de Pernambuco, a qual foi homologada na sentença.

A tese da litispendência tal como defendida neste artigo também foi suscitada pela Procuradoria do Estado do Acre em um processo ajuizado contra este Estado objetivando o fornecimento dos medicamentos Sofosbuvir 400mg/dia, associado ao Simeprevir 150mg e Ribavirina 1000mg/dia por ser o autor portador de Hepatite Crônica pelo Vírus “C”, alegando a presença de outra demanda judicial com mesmo objeto e causa de pedir em desfavor do Distrito Federal.

A sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, considerando a litispendência, com base no artigo 267, V, do CPC/73, e revogou a liminar deferida anteriormente.

Interposta apelação pela parte autora, em decisão monocrática lhe foi dado provimento com o reconhecimento da inexistência do vício de litispendência, resultando na anulação da sentença de primeiro grau e determinação de regular prosseguimento do feito.

25 Enunciado n. 87: Nas decisões que determinem o fornecimento de medicamento ou de serviço por mais de um ente da federação, deve-se buscar, em sendo possível, individualizar os atos que serão de responsabilidade de cada ente. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 26 jan 2021.

Diante dessa decisão o Estado interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento, sob o argumento de que é “possível verificar que o Réu na mencionada ação é o Distrito Federal, enquanto que nestes autos o Apelante litiga em face do Estado do Acre. Não há que se falar, portanto, no vício da litispendência”, consoante ementa do acórdão transcrita abaixo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. LITISPENDÊNCIA. TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE DEMANDAS. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERTÇÃO. (...) 2. *Consoante disposto no art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, o vício da litispendência pressupõe o trâmite concomitante de duas ou mais ações com tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir, circunstância não ocorrida na espécie.* 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a verificação das condições da ação deve ser procedida à luz da teoria da asserção, com base exclusivamente no relato do autor na exordial, independentemente da produção de qualquer espécie de prova. 4. Nesta linha de ideias, se, para concluir a respeito da carência de ação, o julgador necessitar se imiscuir nas provas produzidas pelas partes, estará emanando decisão de conteúdo meritório, providência inviável se o feito não estiver maduro para julgamento. 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(ACRE. Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n.º 0715176-83.2014.8.01.0001/500 do Estado do Acre. 1ª Câmara Cível. Relator Des. Laudivon Nogueira. Julgado em 17/06/2015. DJe 18/06/2015) (grifou-se)

Importante ressaltar que a análise estritamente formal do critério da tríplice identidade pelo Tribunal de Justiça do Acre, que resultou no afastamento da litispendência, além de violar a economia processual, poderia gerar o fornecimento em duplicidade de medicamentos com valor total de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) à época, causando grave lesão aos cofres públicos.

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª região, em consonância com o entendimento ora defendido, reconheceu a litispendência entre ação proposta na Justiça Estadual, em face de ente municipal, para fornecimento do medicamento *Hemp Oil - Canabidiol*, e processo instaurado na Justiça Federal, dirigida ao mesmo Município e à União, com igual intento, e ressaltou a necessidade de se imputar a sanção por litigância de má-fé para registrar censurabilidade processual da conduta manifestada nos autos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CANNABIDIOL (CBD) - HEMP OIL (RHSO). LITISPENDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

(...) 4. *Enquanto tramitava na Justiça Estadual ambos os processos, a autora ajuizou na Justiça Federal ação, contra a União e o ente municipal, para fornecimento do medicamento HEMP OIL - CANABIDIOL, que havia sido objeto da segunda ação na Justiça Estadual e sobre o qual havia a sentença deixado de condenar o ente municipal, por supor que teria havido desistência do pedido em relação a tal fármaco, caracterizando, portanto, litispendência.*

5. A despeito do esforço intentado, não existem elementos que respaldem a assertiva de que não houve litispendência, pois, conforme esclarecido, a situação fática-processual, atinente ao objeto da primeira ação proposta na Justiça Estadual, não evidencia que tenha havido desistência do pedido, em relação ao fornecimento do medicamento que, perante a Justiça Federal, foi objeto da presente ação, configurando, portanto, litispendência, a autorizar, nos termos da sentença, a extinção do processo sem resolução do mérito.

(...)

7. *Quanto à aplicação de sanção por litigância de má-fé, não pode ser descaracterizada a conduta processual, consistente em ocultar fato processual relevante que impediria a tramitação do feito na Justiça Federal. Ainda que a motivação fosse a tutela da saúde e da dignidade, a atuação processual transparente e de boa-fé não pode ser dispensada ou relegada a segundo plano, pois o cometimento de ilegalidade e fraude processual poderia atingir não apenas os atos voluntários da própria parte como a dos demais operadores processuais, ainda que sem adesão voluntária a tal intento ou projeto. A conduta processual é, portanto, grave e sancionada pela legislação, embora*

o valor da penalidade tenha efeito simbólico, seja porque de valor reduzido, seja porque a anunciada condição da autora não deve permitir que suporte, efetivamente, a condenação. Seja como for, tem importância ainda que para registrar censurabilidade processual da conduta manifestada nos autos.

(SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Cível nº 0000082-44.2016.4.03.6113 do Ministério Público Federal. 3ª Turma. Relator Des. Federal Luis Carlos Hiroki Muta. Julgado em 24/07/2020. DJe 30/07/2020) (grifou-se)

Em total coerência com o julgado acima, o juízo da 2ª Vara Federal de Campo Grande proferiu sentença terminativa em processo ajuizado por determinado autor em face da União e do Estado de Mato Grosso do Sul²⁶, no qual se pretendia a obtenção do medicamento oncológico Ibrutinibe 140 mg, cujo preço máximo de venda ao governo da caixa é de aproximadamente R\$41.530,69 (quarenta e um mil, quinhentos e trinta reais e sessenta e nove centavos), ante a existência de litispendência em relação a uma ação proposta na Justiça Estadual contra o Estado de Mato Grosso do Sul pleiteando o mesmo medicamento e com lastro nas mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas.

O magistrado destacou que as duas demandas não deveriam prosseguir tramitando paralelamente, devido ao evidente risco de decisões conflitantes e, aplicando analogicamente o entendimento do STJ a respeito do conceito (material) de partes em ações coletivas, considerou

que a pretensão formulada pelo autor era, em verdade, dirigida ao Sistema Único de Saúde (SUS) e que, portanto, restaria configurada a identidade subjetiva das demandas apta a autorizar o reconhecimento da litispendência.

A exposição dos casos concretos descritos acima, cujo intuito é apenas exemplificar como o tema é enfrentado na prática jurídica e as possíveis consequências processuais e impactos financeiros da coexistência de processos idênticos, demonstra a importância de uma releitura dos critérios de caracterização da litispendência nas ações de saúde para fins de evitar o desperdício do já escasso orçamento da saúde, desorganização do SUS e combater condutas processuais atentatórias aos princípios da boa-fé, cooperação, transparência e juiz natural.

Por fim, desperta atenção para a necessidade de criação de um sistema único de tramitação de processos judiciais eletrônicos para todo o território nacional que atenda às necessidades dos diversos segmentos do Poder Judiciário brasileiro (Justiça Comum: Federal e Estadual), a fim de viabilizar a pesquisa e localização de processos idênticos ajuizados em Estados da federação diferentes.

CONCLUSÃO

A judicialização do direito à saúde tornou-se tema bastante debatido e causador de preocupações no âmbito do Poder Judiciário, da administração pública e entre os demais profissionais do direito e agentes que atuam na área da saúde, notadamente em razão de seu acelerado crescimento, do impacto das decisões judiciais na própria continuidade das políticas de saúde pública já instituídas e da necessidade de se pautar cada vez mais na chamada medicina baseada em evidências.

Questões processuais relativas à matéria também são objeto de estudos acadêmicos e pronun-

²⁶ Autos n. 5005981-44.2020.4.03.6000.

ciamentos pelos tribunais superiores, como a possibilidade do chamamento ao processo e o próprio *forum shopping*. No entanto, a escassez de pesquisas e produções acadêmicas sobre o assunto da litispendência nas ações de saúde ajuizadas em face de entes federados distintos motivou o desenvolvimento do presente trabalho, além de sua repercussão na economia processual e no melhor aproveitamento e otimização dos recursos públicos.

Como demonstrado, a aplicação rígida da teoria da tríplice identidade prevista no Código de Processo Civil e a análise da identidade das partes em seu aspecto estritamente formal revela-se insuficiente ao cumprimento da finalidade do instituto da litispendência e do próprio escopo social da jurisdição consistente na pacificação dos conflitos, tendo em vista que qualquer dos entes federados pode ser demandado isolada ou conjuntamente nas ações em que são postuladas prestações de saúde no âmbito do SUS, segundo a tese da solidariedade consolidada pelo STF (tema 793).

Diante disso, semelhante ao que ocorre nas ações coletivas e no mandado de segurança, no coitejo analítico entre ações de saúde visando verificar se há ou não demandas idênticas, o operador do direito não pode se limitar ao exame isolado e formal da identidade entre os três elementos da ação, sobretudo das partes processuais integrantes do polo passivo, devendo considerar que este é composto pelo Ente Público em sentido amplo, nos termos preceituados pelo artigo 196 da Constituição Federal.

E, de forma complementar, é necessário observar se há identidade quanto à situação jurídica controvertida, isto é, se os processos submetem ao judiciário a mesma relação jurídica base, em consonância com a teoria da identidade da relação jurídica.

Isso porque, como revelam os casos práticos apresentados, o processamento simultâneo de demandas com mesmo objeto litigioso em desfavor de entes públicos diferentes deve ser coibido, seja por representar, muitas vezes, o exercício abusivo do direito potestativo de se escolher contra quem demandar e em qual juízo propor a ação (*forum shopping*); seja por ocasionar a movimentação desnecessária da máquina administrativa e judiciária de entidades federativas diversas e a aquisição em duplicidade de tratamentos de elevado valor em patente prejuízo aos demais usuários do SUS, uma vez que os recursos públicos direcionados ao cumprimento da decisão por um dos entes poderiam ser utilizados no atendimento de outros pacientes.

Assim, o presente trabalho buscou destacar a importância de se reconhecer a litispendência entre demandas ajuizadas pelo mesmo autor com mesmo pedido e causa de pedir, ainda que em face de entes federados distintos, como forma de assegurar observância aos princípios do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, da CF/88), devido processo legal, adequação, boa-fé, segurança jurídica, economia processual, harmonização dos julgados e, principalmente, evitar desperdício de dinheiro público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dou de 20.9.1990.

BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Dou de 17.3.2015.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.139 de 2009*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5EC3302CBD621D965E3FCC17DA074D76.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009. Acesso em: 28 jan. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? (dissertação)*. São Paulo: Universidade de São Paulo/ Faculdade de Direito, 09 set. 2015. 203 p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015-193317/publico/forum_shopping.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: Processo coletivo*. 8. ed. v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I (teoria geral do processo coletivo)*. In: Coleção saberes do direito. n. 34. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. Volume único. Colaboração Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HERCULANO, Lenir Camimura; MELO, Jeferson. *Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos*. Agência CNJ de notícias, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 1 mai. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NETO, João Pedro Gebran; DRESCH, Renato Luís. A Reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região*, Porto Alegre, a. 25, n. 84, p. 77-103, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito Processual Civil*. Salvador: Ed Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Litispendência e conexão no processo coletivo brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, São Paulo, v. 16, n. 24, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/>

index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/507/749. Acesso em: 10 mar. 2020.

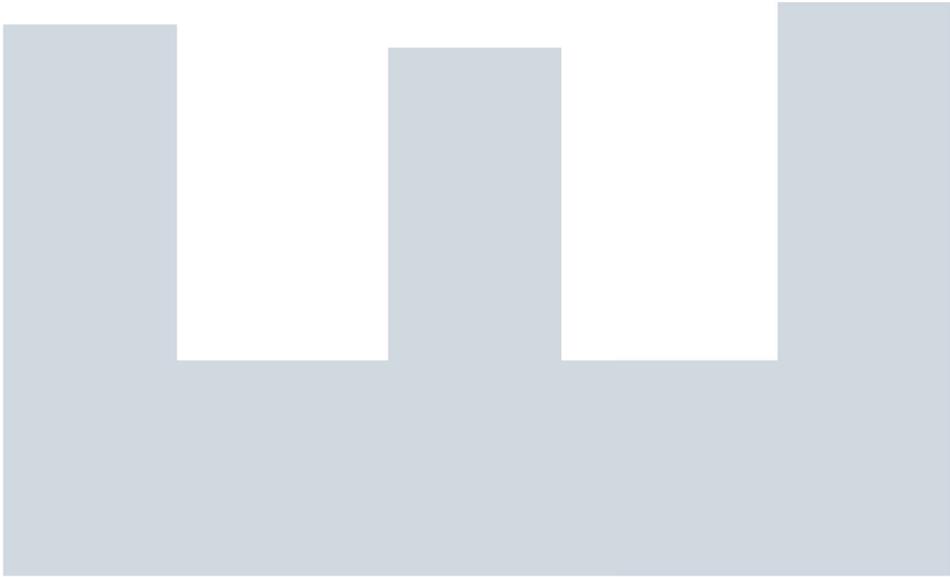
SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à Saúde e a Judicialização do Impossível*. Coletânea Direito à saúde: Dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde. 1. ed. v. 2. Brasília: CONASS, 2018. p. 22-23.

SCHULZE, Clenio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à Saúde*. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Belo Horizonte, n. 1, p. 92-118, abr. 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 231-233.

XAVIER, Mateus Fernandez. Forum Shopping, Fenômeno Jurídico Do Cenário Pós-Guerra Fria. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 53, n. 210, p. 181-201, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p181.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.



COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA ADI 6.649 E DE SUAS REPERCUSSÕES NORMATIVAS

Marcela Gaspar Pedrazzoli¹

RESUMO

O artigo realiza um estudo descritivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.649, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Nesse sentido, ancorando-se em uma análise indutiva e qualitativa dos documentos disponíveis nos autos digitais públicos da referida ADI, o trabalho expõe: (i) os argumentos aduzidos pelos atores envolvidos no julgamento; (ii) os argumentos centrais do voto vencedor; e (iii) as modificações introduzidas no Decreto Federal após a decisão da Corte Constitucional. Após esse percurso, o estudo conclui apontando os parâmetros que podem ser extraídos da decisão do STF e elucida os pontos que não foram plenamente equacionados no julgamento e tampouco na modificação normativa que lhe sucedeu.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados pessoais; autodeterminação informativa; compartilhamento de dados pessoais; Administração Pública Federal.

INTRODUÇÃO

Os avanços das ferramentas tecnológicas na área da informática – que têm como expressões o desenvolvimento de algoritmos e a computação em nuvem – trouxeram a possibilidade de coleta, armazenamento e processamento de dados em larga escala. Se, na perspectiva dos agentes privados, referidas inovações fomentaram o desenvolvimento de uma poderosa economia digital, marcada pela personalização de produtos, serviços e publicidade; sob o viés do Poder Público, tais inovações abriram o caminho para uma atuação mais eficiente do Estado, com políticas e serviços públicos orientados pela análise de dados e cada vez menos dependentes do uso do papel ou da presença física do cidadão nas repartições.

Uma das ferramentas de que dispõe a Administração Pública para buscar essa eficiência decorrente do processamento de dados é o compartilhamento de informações coletadas e armazenadas por determinado órgão público com outro. Com efeito, o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades, além de permitir uma ampliação dos dados disponíveis para orientar a ação do Poder Público, pode ter como desdobramentos o afastamento da necessidade de que o cidadão forneça o mesmo

¹ Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) e graduada pela FDUSP.

dado diversas vezes a distintos órgãos públicos, bem como o aprimoramento da qualidade dos dados disponíveis (já que o cruzamento de informações pode levar à identificação e à correção de eventuais inconsistências). Para melhor ilustrar essa afirmação, convém pontuar que, durante a pandemia da Covid-19 no Brasil, a identificação do público-alvo de benefícios sociais se materializou mediante o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades da Administração, por meio de técnicas de interoperabilidade.²

Todavia, é preciso obter temperar que, se a ferramenta do compartilhamento for utilizada de forma indiscriminada e tiver como objeto dados pessoais – entendidos estes como as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável³ –, ela tem o potencial violar direitos fundamentais, principalmente o direito à proteção de dados pessoais⁴, recentemente positivado no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição. Aliás, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou diversas pretensões de compartilhamentos de dados entre instituições públicas que reputou como lesivas à Constituição⁵.

Assim, é evidente que a definição de parâmetros para o compartilhamento de dados (especialmente os pessoais) entre órgãos e entidades da Administração Pública se revela essencial para o desejado alcance do equilíbrio entre, de um lado, a eficiência na gestão pública (artigo 37, *caput*, da Constituição) e, de outro, a adequada proteção de direitos fundamentais. E, em um contexto no qual a doutrina sobre esse tema ainda é escassa e a Lei Federal n.º 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) é pouco minudente⁶, ganha relevo o estudo de casos concretos.

Nesse cenário, o presente artigo se propõe a realizar uma análise descritiva da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.649, na qual o STF julgou a constitucionalidade do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019, que disciplina o compartilhamento de dados no âmbito da Administração federal. O objetivo é, essencialmente, descrever como se deu a dinâmica de impugnação, julgamento e alteração normativa, para, ao final: (i) apontar quais parâmetros podem ser extraídos da decisão do STF; e (ii) elucidar os pontos que não foram plenamente equacionados no julgamento e na modificação normativa, de modo a lançar bases para posteriores propostas doutrinárias e legislativas de solução.

Para o alcance dessa finalidade, além desta Introdução, o artigo possui quatro partes. No Tópico 2, far-se-á uma breve explicação do conteúdo do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019, na redação vigente quando de sua impugnação por meio da ADI 6.649. Em seguida, no Tópico 3, promover-se-á uma descrição dos principais argumentos levados ao Supremo para questionar e defender a constitucionalidade do Decreto, oportunidade em que se apresentará, também, o conteúdo do voto vencedor. De forma sistemática, no Tópico 4, serão expostas as modificações mais relevantes introduzidas no Decreto n.º 10.046, de 2019 após o julgamento. Por fim, o Tópico 5 abrange as considerações finais.

2 Conforme item 64 da Nota Técnica SEI n.º 5901/2020/ME, contida nos autos públicos da ADI 6.649, disponível no sítio eletrônico do STF: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238> (Acesso em: 04.12.2022).

3 A definição foi extraída do artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

4 O conteúdo do direito à proteção de dados pessoais será explorado no Tópico 3.1., letra “a”, deste artigo.

5 Nesse sentido: SL 1.103 MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 5.2.2017, DJe 8.5.2017 e MS 36.150 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10.12.2018, DJe 13.12.2018.

6 WIMMER, Miriam. Limites e possibilidade para o uso secundário de dados no Poder Público: Lições da Pandemia. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 11, n.º 1. Abr. 2021.

1. O CONTEÚDO ORIGINAL DO DECRETO

Para a adequada compreensão da controvérsia submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário, de início, conhecer, mesmo que forma perfunctória, o teor do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019 quando de seu controle de constitucionalidade.

Nessa toada, esclarece-se que o âmbito de aplicação do Decreto é o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades que compõem a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União. E, mesmo nesta seara, foram expressamente excluídos os compartilhamentos que envolvam conselhos de fiscalização profissional, o setor privado e dados protegidos por sigilo fiscal sob a gestão da Secretaria Especial da Receita Federal.

Quanto ao conteúdo, o Decreto pode ser dividido, essencialmente, em *cinco* eixos. O *primeiro* refere-se às suas normas introdutórias, nas quais são definidos os objetivos do compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal (artigo 1º), os conceitos empregados na normativa (artigo 2º), bem como as diretrizes para o compartilhamento (artigo 3º).

O *segundo* diz respeito às regras para o compartilhamento de dados (artigos 4º a 15), as quais se estruturam a partir de uma categorização em três níveis de compartilhamento, utilizando-se como critério a confidencialidade do dado. Registre-se que a atribuição de promover a aludida categorização é do gestor dos dados, sendo este último entendido como “o órgão ou entidade responsável pela governança de determinado conjunto de dados”⁷. E, ele deve fazê-lo com base na legislação.

Dito isso, importa explicar cada uma das categorias de compartilhamento. O “compartilhamento amplo” dá-se nos casos de dados públicos, não sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser garantida a qualquer interessado, dispensando-se autorização prévia pelo gestor dos dados. O “compartilhamento restrito”, por sua vez, ocorre nos casos de dados protegidos por sigilo, cujo acesso é franqueado a todos os órgãos e entidades abrangidos pelo Decreto, para fins de execução de políticas públicas, cabendo ao Comitê Central de Governança de Dados (CCGD) – que será adiante descrito – estabelecer mecanismos e regras simplificadas de compartilhamento. Enfim, o “compartilhamento específico” dá-se nos casos de dados protegidos por sigilo, mas para os quais a concessão de acesso é franqueada tão somente a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cabendo ao gestor dos dados definir as regras e conceder permissão de acesso.

Observe-se, ademais, que, conforme o regramento da normativa, os solicitantes e recebedores dos dados devem assumir a responsabilidade por implementar e seguir as regras de sigilo e segurança estabelecidas pelo CCGD, pelo gestor de dados e/ou pelo gestor da plataforma de interoperabilidade, conforme o caso. Lado outro, aos gestores de dados cabe a divulgação dos mecanismos de compartilhamento de seus dados e dos cadastros base⁸ sob sua responsabilidade.

Ainda no que tange às regras de compartilhamento, o Decreto dispensa a celebração de instrumentos cooperativos (acordos, convênios etc.) para a efetivação do compartilhamento de dados entre os

⁷ Cf. definição do artigo 2º, inciso XIII, do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019.

⁸ Cf. definição do artigo 2º, inciso XXV, do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019, o cadastro base consiste na “informação de referência, íntegra e precisa, centralizada ou descentralizada, oriunda de uma ou mais fontes, sobre elementos fundamentais para a prestação de serviços e para a gestão de políticas públicas, tais como pessoas, empresas, veículos, licenças e locais”.

órgãos e entidades por ele abrangidos, observadas as diretrizes da própria normativa e a LGPD.

Prosseguindo, o *terceiro* eixo concerne à instituição do denominado “Cadastro Base do Cidadão” - CBC (artigos 16 a 20), o qual, entre outras finalidades, busca: viabilizar a criação de um meio unificado de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos; facilitar o compartilhamento de dados cadastrais do cidadão entre os órgãos da administração pública; e realizar o cruzamento de informações das bases de dados cadastrais oficiais a partir do número de inscrição do cidadão no Cadastro de Pessoa Física (CPF). Nessa direção, o CBC pode ser compreendido com um cadastro de dados apto a servir de referência de informações sobre os cidadãos para os órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

Nos termos do Decreto, o CBC seria composto por uma base de dados integradora e por componentes de interoperabilidade, os quais possibilitariam o intercâmbio da referida base integradora com as bases de dados próprias de determinadas políticas públicas (chamadas de “bases temáticas”). Previu-se que, inicialmente, a base integradora seria disponibilizada com os dados biográficos que constam da base temática do CPF, aos quais, posteriormente, seriam acrescidos dados provenientes de outras bases, a partir do número de inscrição do CPF. A norma também prevê a realização de atualizações das bases temáticas, com envio periódico à base integradora.

O *quarto* eixo a ser mencionado versa sobre a instituição do Comitê Central de Governança de Dados (CCGD), já citado acima. Trata-se do órgão principal para a implementação do fluxo de compartilhamento instituído pelo Decreto, tendo em vista suas relevantes atribuições, dentre as quais merecem destaque as de deliberar sobre: orientações e diretrizes para a categorização de compartilhamento amplo, restrito e específico, e a forma e o meio de publicação dessa categorização, observada a legislação de proteção de dados pessoais; regras e parâmetros para o compartilhamento restrito, incluídos os padrões relativos à preservação do sigilo e da segurança; compatibilidade entre as políticas de segurança da informação e comunicações efetuadas pelos órgãos e entidades, no âmbito das atividades relativas ao compartilhamento de dados; a escolha e aprovação das bases temáticas a serem integradas ao CBC, com definição do cronograma de integração, em comum acordo com os gestores de dados; a solução de controvérsias no compartilhamento de dados entre os órgãos e entidades públicas federais solicitantes de dados e o gestor de dados.

Destaca-se que, no momento da impugnação da norma perante o STF, o CCGD era composto por representantes dos seguintes órgãos e entidades: dois do Ministério da Economia (dentre os quais um da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, que o presidiria, e um da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil); um da Casa Civil da Presidência da República; um da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da Controladoria-Geral da União (CGU); um da Secretaria Especial de Modernização do Estado da Secretaria-Geral da Presidência da República; um da Advocacia-Geral da União (AGU); e um do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Os membros eram indicados pelos titulares dos órgãos ou da entidade que representam e designados pelo Ministro da Economia, sendo que o quórum das reuniões era de dois terços de seus membros, ao passo que as aprovações eram por consenso.

Por último, o quinto eixo consiste nas disposições finais e transitórias.

2. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 6.649

Feita a apresentação da norma federal impugnada, adentra-se no exame da ADI n.º 6.649.

A ADI n.º 6.649 foi proposta em dezembro de 2020 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em face do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019, na redação dada pelo Decreto n.º 10.332, de 2020. Ingressaram como *amici curiae* na demanda, reforçando os fundamentos do CFOAB, a Associação *Data Privacy* Brasil de Pesquisa, o Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN) em parceria com a Coalização de Direitos na Rede (CDR) e o Instituto Mais Cidadania.

Os atores que propugnaram pela inconstitucionalidade da norma (doravante referidos como “requerentes” ou “postulantes”) afirmaram a ocorrência de violação aos artigos: 84, incisos IV e VI, alínea “a”; 1º, *caput*, inciso III; e 5º, *caput*, e incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal⁹. Seus argumentos, afastados os apontamentos de índole processual e de inconstitucionalidade formal, podem ser congregados em três principais¹⁰, expostos a seguir, juntamente com os correspondentes contra-argumentos da Administração Pública Federal, a qual, a seu turno, defendeu a plena constitucionalidade do Decreto¹¹.

2.1. Os argumentos “em jogo” na ADI 6.649

a) (Possível) Violação dos direitos à proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa

Sob a perspectiva material, o CFOAB e os *amici curiae* sustentaram que o Decreto impugnado violaria: a dignidade da pessoa humana; a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas; o sigilo dos dados; a garantia do *habeas data*; e os direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa¹². No que tange especificamente aos últimos dois direitos, os atores envolvidos explicaram que, paulatinamente, foi sendo construída a autonomia deles frente ao direito fundamental à privacidade, o que teria, inclusive, sido reconhecido em âmbito nacional pelo STF no julgamento da ADI n.º 6.387.

De fato, diferentemente da concepção tradicional de privacidade (concebida como “o direito de ser deixado só”), os direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa foram atrelados à liberdade do indivíduo de autonomamente desenvolver sua personalidade, protegendo-se de medidas que, em um cenário de evolução tecnológica, poderiam miná-la, a exemplo do levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais¹³.

9 À época, ainda não havia sido aprovada a Emenda Constitucional n.º 115, de 2022, que acresceu ao rol do artigo 5º da Constituição Federal o “(...) direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais” (inciso LXXIX).

10 Para a definição desses fundamentos, promoveu-se um estudo da petição inicial da ADI 6.649 e das peças de manifestações dos *amici curiae*, com correspondentes anexos, conforme autos públicos digitais disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

11 Os argumentos da Administração Pública Federal foram extraídos da Nota Técnica SEI n.º 5901/2020/ME, da Nota SAJ n.º 4/2021/CGIP/SAJ/SG/PR, do Parecer n. 00009/2021/PGFN/AGU, das Informações n. 00008/2021/CONSUNIAO/CGU/AGU e da peça de defesa da AGU, conforme autos públicos digitais disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

12 Para uma exposição sobre a relação entre os direitos aventados e o direito fundamental à proteção de dados pessoais, vide: MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

13 O marco para o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa foi a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, relativa à Lei do Recenseamento. Para maiores detalhes sobre a decisão, vide: HORNUNG, Gerrit e SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. Elsevier Ltd: Computer law & security review 25 (2009), pp. 84–88.

É que, com o processamento eletrônico de dados, tornou-se possível que informações detalhadas de um indivíduo sejam ilimitadamente armazenadas e rapidamente consultadas, de qualquer distância, de modo a estruturar um perfil de personalidade apurado, sem que a pessoa atingida tenha conhecimento ou mesmo controle de como tais informações serão utilizadas ou para quem serão transmitidas. Isso prejudicaria o livre arbítrio do indivíduo (base estruturante do Estado Democrático), pois a pessoa que não conseguiria determinar, com segurança, quais informações sobre si são conhecidas, de forma que poderia ser inibida em sua liberdade de planejar e decidir com autodeterminação.

Portanto, a autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais buscam resguardar os direitos do titular dos dados de (i) ser protegido dos riscos que o tratamento de dados gera ao desenvolvimento da sua personalidade e (ii) ter controle e gestão sobre suas próprias informações. Nessa toada, ao longo dos anos, foram extraídos desses direitos um conjunto de princípios capazes de auxiliar na verificação da legitimidade de determinado tratamento de dados¹⁴. Merecem destaque, no propósito de compreender os argumentos em jogo na ADI 6.649, os seguintes, apresentados conforme definição extraída do artigo 6º da LGPD:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (...)
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

Na visão dos postulantes, o Decreto n.º 10.046 de 2019 violaria os direitos fundamentais indicados no início deste Tópico, por inobservância aos princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso e transparência.

Os princípios da **finalidade** e da **adequação** seriam desrespeitados, porque o Decreto não apregoaria a necessidade de o órgão receptor dos dados explicitar para qual finalidade eles serão utilizados; tampouco imporá uma restrição do uso ao contexto finalístico em que coletados. Em complemento, afirmou-se que os objetivos de compartilhamento insculpidos no artigo 1º do Decreto seriam excessivamente amplos, possibilitando uma distorção para fins de maximização incontrollável na coleta e no tratamento dos dados.

Igualmente, seria violado o princípio da **necessidade**, na medida em que o Decreto fomentaria a coleta e o uso excessivo de dados pessoais. Ressaltou-se, nesse particular, a previsão, como dados coletáveis, de alguns dados não mencionados na LGPD, como “fatos da vida”, na categoria de atributos biográficos, e “a palma da mão, as digitais dos dedos, a retina ou a íris dos olhos, o formato da face, a voz e a maneira de andar”, na categoria de atributos biométricos.

Os princípios do **livre acesso** e da **transparência**, ainda no entendimento dos requerentes, seriam descumpridos pela falta de mecanismos para que os titulares dos dados tivessem conhecimento

¹⁴ Para maiores detalhes sobre os princípios de proteção de dados pessoais, ver: DONEDA, Danilo. Princípios de proteção e dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 369-384.

do fluxo de seus dados pessoais entre os órgãos da Administração Pública, bem como pela inexistência de previsão na normativa quanto ao exercício de direitos para acesso, conferência e retificação dos dados pessoais pelos titulares. Acrescentou-se crítica sobre a desnecessidade de formalização de instrumentos jurídicos para o compartilhamento de dados (artigo 5º do Decreto), sob o fundamento de que justamente por meio desses instrumentos é que se poderiam oferecer informações objetivas sobre a atividade de tratamento de dados (escopo, finalidade e, inclusive, a responsabilidade de cada controlador).

Outro aspecto do Decreto censurado pelos postulantes foi a categorização dos compartilhamentos de dados a partir do critério do sigilo ou não do dado. Nesse tocante, frisou-se que, mesmo que dados pessoais que tenham sido publicizados para uma dada finalidade, seria necessário observar os princípios da LGPD para que eles fossem utilizados em outros contextos.

Em contraposição aos postulantes, a Administração Pública Federal argumentou que o Decreto, por diversas vezes, fez remissão aos preceitos da LGPD, guardando, pois, compatibilidade com a legislação protetiva de dados pessoais. No mais, alegou que o Decreto não autorizaria a divulgação ou compartilhamento dos dados sem critérios. Ao contrário, quando um dado custodiado pela Administração fosse enquadrado no nível de categoria mais rígida (“compartilhamento específico”), tal dado necessitaria de autorização específica, a partir de um pedido devidamente justificado para poder ser compartilhado, ainda que dentro da própria Administração.

Aqui, para maior elucidação, cumpre mencionar a narrativa da União de que o CBC corresponderia à base cadastral do CPF da Receita Federal e que, ao longo do ano de 2020, o acesso a esses dados teria sido disponibilizado aos órgãos federais por meio de um contrato centralizado com as empresas públicas SERPRO e DATAPREV, aos quais as unidades administrativas precisariam aderir. Todavia, para aderir a esse contrato centralizado, o órgão precisaria, antes, solicitar autorização expressa à Receita Federal, justificando a finalidade do acesso (que teria de ser para execução de políticas públicas) e se comprometendo com os requisitos de segurança da informação e proteção de dados pessoais. Somente após a autorização da Receita é que os dados seriam disponibilizados para os órgãos.

Na mesma linha de raciocínio, aduziu que a utilização dos termos genéricos “políticas públicas” ou “serviços públicos” no bojo do Decreto para aludir às justificativas para o compartilhamento decorreria simplesmente da impossibilidade de prever, *a priori*, a totalidade dos serviços que serão demandados pela sociedade. O uso desses termos genéricos, inclusive, também ocorreria na LGPD.

Além disso, a União alegou que o Decreto preservou direitos e garantias fundamentais, porquanto, além de limitada exclusivamente ao setor público, a forma de compartilhamento de dados por ele assimilada: (i) não englobaria informações protegidas por sigilo fiscal; (ii) observaria as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e o disposto na LGPD; (iii) sujeitaria o receptor de dados sigilosos aos mesmos deveres impostos ao custodiante; (iii) ressaltaria, expressamente, o direito à preservação da intimidade e da privacidade da pessoa natural; e (iv) seria permitida pelo artigo 11, inciso II, alínea “b”, da LGPD, que autoriza o tratamento de dados pessoais para as finalidades indicadas, inclusive nos casos de dados sensíveis, sem a necessidade de autorização expressa por parte de seu titular.

b) (Possível) Ausência de proporcionalidade na instituição do Cadastro Base do Cidadão

O autor da ADI e os *amici curiae* contestaram a proporcionalidade da criação do CBC face aos direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

De um lado, obtemperaram que a criação de uma base extensa de dados traria instrumentos para que o Estado exercesse vigilância excessiva, controle e manipulação dos cidadãos, inclusive para eventuais propósitos políticos e discriminatórios. Nessa ordem de ideias, narraram as experiências de Alemanha, Estados Unidos e França, países que, seja mediante atuação parlamentar, seja por decisão judicial, rechaçaram propostas de criação de grandes bancos de dados estatais.

De outro, foram externadas preocupações com riscos de vazamento de dados associados ao CBC. Segundo os requerentes, os mecanismos de interoperabilidade da base integradora com as bases de dados temáticas fariam com que existissem diversos pontos de vulnerabilidade passíveis de serem explorados por sujeitos mal-intencionados. Afinal, caso se encontrasse falhas de segurança no sistema de um único órgão, seria possível acessar informações em bases de muitos outros.

Em complemento, os postulantes sugeriram que as disposições do Decreto sobre segurança da informação seriam genéricas e com teor essencialmente programático, não havendo sequer referência à elaboração de uma avaliação de impacto, nos termos do artigo 38 da LGPD, previamente à operação do CBC. Aludiu-se, ainda, à ausência de mecanismos de prestação de contas e de responsabilização de agentes públicos por desvios no tratamento de dados, o que se agravaria pelo fato de a figura do “gestor de dados”, criada pelo Decreto, não ser equivalente à do “encarregado” presente na LGPD, de forma que não estaria claro se os deveres e responsabilidades deste último seriam aplicáveis ao primeiro.

Em suma, concluíram afirmando que a criação do CBC não se sustentaria pelo crivo da proporcionalidade, consideradas as subregras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No seu entendimento, o ato normativo objeto da ADI seria inadequado, pois não apresentaria justificativa satisfatória a embasar a criação de uma gigantesca base de dados dos cidadãos; não seria necessário, eis que o acesso compartilhado, sem delimitações específicas, extrapolaria o necessário para atuação governamental; e seria desproporcional, na medida em que os riscos aos direitos fundamentais dos cidadãos superariam as vantagens da criação do CBC, ante a falta de previsão de mecanismos suficientes à proteção dos titulares e por possibilitar o uso excessivo dos seus dados.

Noutro giro, a União buscou salvaguardar o CBC, afirmando a inexistência de finalidades ilícitas no compartilhamento técnico dos dados. Nessa direção, a fim de contestar o argumento sobre a criação de uma base massiva de dados dos cidadãos, asseverou que o CBC, por si, não geraria, copiaria ou duplicaria nenhum dado, mas, sim, possuiria mecanismos de consulta dos dados, em tempo real, nas bases já existentes em órgãos do governo, para a finalidade exclusiva de oferta de serviços e de gestão de políticas públicas.

Além disso, a Administração caracterizou o CBC como manifestação da eficiência administrativa em prol do cidadão. Sob essa perspectiva, enfatizou que o CBC seria um mecanismo essencial para a autenticação digital, que, por sua vez: reduziria a ocorrência de falsificação ideológica e duplicação de identificação, evitando fraudes e estelionatos; traria maior confiabilidade às operações, inclusive transa-

ções financeiras; simplificaria e automatizaria procedimentos de prova de vida e identificação, reduzindo custos e riscos no fornecimento de serviços públicos. Frisou-se, outrossim, a importância do CBC para evitar informações contraditórias que impossibilitariam o acesso dos cidadãos a programas sociais ou, ainda, que implicariam a concessão de benefícios a pessoas não habilitadas a recebê-los.

No mais, disse que, com a criação do CBC, o Executivo federal teria adotado o mesmo princípio da União Europeia para proteção de dados pessoais, qual seja, o princípio segundo o qual dados particulares devem ser apresentados somente uma vez ao Poder Público na prestação de serviços variados (*Once-Only Principle*). O objetivo seria reduzir o fardo administrativo sobre pessoas físicas e jurídicas na obtenção de bens e serviços públicos, diminuindo a presença física do cidadão no órgão que presta serviços, bem como reduzindo ou eliminando o fornecimento de documentos de identificação já acessíveis pelo governo.

Ressaltou-se, também, que o compartilhamento possibilitaria a redução de custos de acesso, inclusive mediante o reaproveitamento de recursos de infraestrutura. A título de exemplo, apontou-se que a adesão de unidades administrativas federais ao contrato centralizado para lograr acesso ao CBC no ano de 2020 teria permitido o ajuste de cerca de trezentos serviços públicos para obter as informações biográficas de maneira automática, evitando que o cidadão precisasse reapresentar ao governo informações que este já possui e, ainda, que o governo as validasse manualmente. Segundo consta na Nota Técnica SEI nº 59061/2020/ME, as integrações em questão teriam trazido uma economia estimada de R\$ 420 milhões¹⁵.

Quanto à temática da segurança, apontou-se que bastaria uma leitura do inciso I do artigo 3º do Decreto para se atestar o alinhamento do Decreto nº 10.046, de 2019 à LGPD. Isso porque, ali, se determina que o compartilhamento de dados observe as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e comunicações e o disposto na LGPD. O artigo 7º ainda aprofundaria a proteção, ao determinar que as plataformas de interoperabilidade contemplem requisitos de sigilo, confidencialidade, gestão, auditabilidade e segurança da informação necessários ao compartilhamento de dados.

Prosseguindo, arguiu-se que o risco que paira sobre toda atividade administrativa não autorizaria a paralisia estatal e que o Estado brasileiro estava buscando aprimorar seus mecanismos de segurança da informação de caráter administrativo e técnico. Advertiu-se que o risco de uma exposição de dados que possa violar o direito à privacidade seria uma realidade, independentemente da edição do Decreto n. 10.046, de 2019, uma vez que as informações já se encontrariam fragmentadas em diversas bases de dados.

De toda forma, alegou-se que o Decreto teria atribuído ao CCGD a responsabilidade por traçar uma visão de futuro para a sustentação do CBC, além de assegurar que as deliberações estejam alinhadas às expectativas da sociedade, bem como às normas se existentes. Nessa óptica, a instituição do CCGD ajudaria a concretizar os preceitos fundamentais apontados pelo autor como violados, ampliando a transparência e a segurança na governança de dados e na gestão de informações sigilosas.

Em relação à responsabilização e à prestação de contas, destacou-se que a legislação em vigor já disporia de regras administrativo-disciplinares e criminais para punir as autoridades públicas que cometam excessos ou desvios de finalidade, no que concerne ao uso indevido de dados e informações pessoais. Não bastasse isso, a Administração Pública Federal teria de prestar contas à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre suas atividades de proteção de dados pessoais.

¹⁵ Item 61 da mencionada Nota Técnica.

A União, pois, aduziu que a instituição do CDC observaria a proporcionalidade, tendo em vista: a presença de adequação entre o meio e a finalidade, pois o modelo de governança no compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública federal, além de possuir respaldo normativo, teria por objetivo imprimir maior eficiência à prestação dos serviços públicos e à gestão de políticas públicas; o meio empregado para o alcance dos referidos fins não poderia ser substituído por outro de natureza menos gravosa, tendo-se em vista que, para se continuar ofertando políticas e serviços públicos, mediante uso racional de recursos financeiros, seriam necessários mecanismos de qualificação e interoperabilidade segura entre as bases de dados que informem um processo de governança amplo e eficaz; e os benefícios advindos da medida caracterizariam sua proporcionalidade em sentido estrito, eis que possibilitariam maior celeridade e correção na prestação de políticas e serviços públicos.

c) (Possível) Inadequação da composição do Comitê Central de Governança de Dados

O último argumento que comporta referência concerne à composição do CCGD. Para os requerentes, seria problemático que o Comitê apenas possuísse integrantes da Administração Pública, mormente porque as experiências brasileira e internacional denotariam que, em questões relacionadas à tecnologia, o multissetorialismo seria a melhor prática.

A Administração Federal rebateu, argumentando que os membros do CCGD adviriam de órgãos com naturezas diferentes e complementares, exatamente para que os assuntos sob deliberação pudessem ser discutidos e amadurecidos: (i) a presença da AGU traria análises jurídicas para as decisões do Comitê; (ii) a CGU seria um órgão com atribuições de controle interno e transparência; (iii) a Receita Federal e o INSS possuiriam ampla maturidade em governança de dados e gestão de sigilo; (iv) e a Casa Civil, a Secretaria Especial de Modernização do Estado e a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital contariam com uma visão abrangente das necessidades dos órgãos públicos, por desempenharem funções de articulação.

Outro ponto alegado foi que o Decreto prevê que qualquer membro do CCGD pode convidar especialistas para participar de suas reuniões e, com isso, trazer uma *expertise* multissetorial, ainda que sem direito a voto, para enriquecer os debates. No mais, asseverou-se que as decisões do Comitê seriam tomadas por consenso e divulgadas para a sociedade por meio do sítio eletrônico do CCGD e do Diário Oficial da União.

2.2. O voto vencedor

A ADI n.º 6.649 foi submetida à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto prevaleceu, por maioria, ao final do julgamento. Assim, o Supremo Tribunal Federal conheceu da ação e julgou os pedidos parcialmente procedentes, para fins de conferir interpretação conforme ao Decreto n.º 10.046, de 2019. Passa-se, adiante, à exposição dos principais fundamentos do voto vencedor¹⁶, em diálogo com os três argumentos apresentados no Tópico 3.1., supra.

No que toca à alegação mais substancial de **violação a princípios nucleares dos direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa (a)**, o Ministro Gilmar Mendes desen-

¹⁶ Houve o julgamento conjunto da ADI 6.649 e da ADPF 695. Porém, em atenção aos objetivos deste artigo, a exposição centrar-se-á essencialmente nos aspectos pertinentes à análise da constitucionalidade do Decreto n.º 10.046, de 2019.

volveu um interessante raciocínio de interpretação conforme, que comporta explicação mais detalhada.

Nos termos do voto vencedor, o Decreto n.º 10.046, de 2019 seria o resultado de uma busca por sistematizar regras, para fins de aplicação harmônica da Lei de Acesso à Informação (LAI) e da LGPD, as quais possuem matizes distintas. Essa distinção imporá um regime jurídico híbrido para o tratamento das informações coletadas ou produzidas pela Administração Pública, a depender do maior ou menor vínculo que elas guardem com os atributos da personalidade ou com qualidades próprias do cidadão.

Para as informações gerais do Estado (relativas ao funcionamento do aparato estatal, como gestão de pessoal e patrimônio público, utilização de recursos orçamentários, formalização de atos e contratos etc.), vigoraria um regime flexível, norteado pelo acesso à informação e pelo controle da atividade estatal.

Destarte, quando o artigo 3º, inciso I, do Decreto diz que: “a informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível (...)”, deve-se interpretar que apenas as informações gerais do Estado estariam abrangidas. Na mesma vertente deveriam ser compreendidas as normas que impõem ampla divulgação, preferencialmente em canais de dados abertos e de transparência ativa, de informações públicas (artigo 4º, inciso I, que versa sobre o “compartilhamento amplo”); e as que aludem ao compartilhamento limitado de informações sigilosas do Estado (artigos 4º, incisos II e III, que dispõem sobre os compartilhamentos “restrito” e “específico”).

Noutro giro, as informações pessoais dos cidadãos estariam submetidas aos vetores mais rigorosos da LGPD, que estatuem a necessidade do preenchimento de requisitos rígidos para o fluxo de informações no âmbito dos órgãos públicos federais. E, nesse particular, o Ministro salientou que, como o Decreto, em diversos pontos, faz remissões às regras e aos princípios da LGPD, ele não conteria qualquer permissão para que o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades federais ocorresse de maneira irrestrita.

Portanto, no intuito de afastar qualquer dúvida interpretativa, o Relator estabeleceu, na conclusão de seu voto, as seguintes balizas de interpretação conforme para o Decreto Federal n.º 10.046, de 2019 nesse tocante:

1. O compartilhamento de **dados pessoais** entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe: a) eleição de **propósitos legítimos, específicos e explícitos** para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) **compatibilidade** do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao **mínimo necessário** para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, ‘no que for compatível com o setor público’. (...)

2. O compartilhamento de **dados pessoais** entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I, da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental **compartilha ou tem acesso** a banco 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.’ (destaques no original)

A mesma linha de inteligência foi adotada no voto vencedor no que tange à **proporcionalidade da instituição do Cadastro Base do Cidadão (b)**. É que, para o Ministro Relator, desde que interpretados em conformidade com a LGPD, os preceitos do Decreto não abririam espaço para a instituição de uma base integradora massiva, porquanto o regime protetivo da LGPD – em especial seus artigos 6º, 7º e 23 – traria

a necessidade de estabelecimento de ferramentas rigorosas de controle de acesso ao CBC.

Não somente, o Relator expressou que a violação ao direito à proteção de dados traria ao cidadão a possibilidade de reparação civil frente ao Estado, o qual, a seu turno, teria direito de regresso face ao servidor nos casos de dolo ou culpa. Em complemento, o servidor infrator também estaria sujeito a punições disciplinares e por improbidade administrativa.

A solução foi igualmente objeto de interpretação conforme na conclusão do voto:

3. O acesso de órgãos e entidades governamentais ao Cadastro Base do Cidadão fica condicionado ao atendimento integral das diretrizes acima arroladas, cabendo ao Comitê Central de Governança de Dados, no exercício das competências aludidas nos arts. 21, incisos VI, VII e VIII do Decreto 10.046/2019:

3.1. prever mecanismos rigorosos de controle de acesso ao Cadastro Base do Cidadão, o qual será limitado a órgãos e entidades que comprovarem **real necessidade** de acesso aos dados pessoais nele reunidos. Nesse sentido, a permissão de acesso somente poderá ser concedida para o alcance de propósitos legítimos, específicos e explícitos, sendo limitada a informações que sejam indispensáveis ao atendimento do interesse público, nos termos do art. 7º, inciso III, e art. 23, caput e inciso I, da Lei 13.709/2018;

3.2. justificar prévia e minudentemente, à luz dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e dos princípios gerais de proteção da LGPD, tanto a necessidade de inclusão de novos dados pessoais na base integradora (art. 21, inciso VII) como a escolha das bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão (art. 21, inciso VIII).

3.3. instituir medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da LGPD, em especial a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para efeito de responsabilização em caso de abuso.

(...)

5. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos ao arrepio dos parâmetros legais e constitucionais importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, na forma dos arts. 42 e seguintes da Lei 13.709/2018, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de culpa ou dolo.

6. A transgressão dolosa ao dever de publicidade estabelecido no art. 23, inciso I, da LGPD, fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilização do agente estatal por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso IV, da Lei 8.429/92, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares previstas nos estatutos dos servidores públicos federais, municipais e estaduais.

Quanto ao argumento pertinente à **inadequação do desenho institucional do CCGD (c)**, este foi reputado procedente no voto vencedor. O Relator argumentou pela existência de consenso em torno da necessidade de, no âmbito de atividades pertinentes ao direito à privacidade, criar autoridades administrativas independentes, destacadas especificamente para a fiscalização e controle de atividades potencialmente lesivas. Citou, para corroborar sua afirmação, a experiência de países democráticos estrangeiros e a experiência setorial brasileira – notadamente na ANPD e no Comitê Gestor do Programa de Identificação Civil Nacional, da Lei n.º 13.444, de 2017.

O Ministro consignou, portanto, a inconstitucionalidade da instituição do CCGD com composição exclusiva por representantes dos Poder Executivo, sem quaisquer garantias contra influências indevidas. Contudo, no intuito de não gerar demasiados prejuízos com a desestruturação da entidade responsável pelo estabelecimento de limites ao compartilhamento de dados entre órgãos da Administração Federal, o Relator conferiu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade da composição do CCGD, mantendo estrutura do Comitê por mais sessenta dias, prazo hábil para que fosse atribuído ao órgão um perfil independente e plural, aberto à participação efetiva de representan-

tes de outras instituições democráticas, conferindo-se aos seus integrantes garantias mínimas contra influências indevidas.

3. PRINCIPAIS REFLEXOS NORMATIVOS DO JULGAMENTO

O julgamento da ADI 6.649 trouxe nítidos impactos para o regime normativo de compartilhamento de dados na Administração Pública federal. Isso porque, cerca de dois meses após a publicação da ata do julgamento, foi publicado o Decreto Federal n.º 11.226, de 2022, que promoveu alterações no Decreto n.º 10.046, de 2019, sendo que o conteúdo da norma modificadora denota uma busca pela observância aos parâmetros colocados pelo STF¹⁷.

Em relação aos **princípios derivados dos direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa (a)**, constata-se que o item 1 da parte dispositiva do voto do vencedor, que alude ao conteúdo dos princípios da finalidade, adequação e necessidade para o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Federal, foi incluído no bojo das diretrizes de compartilhamento insculpidas no artigo 3º do Decreto (incisos VII a IX). De forma semelhante, o item 2 da parte dispositiva do voto, referente à necessidade de publicidade e transparência no mencionado compartilhamento, foi contemplado nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º do Decreto.

Além disso, estabeleceu-se no § 3º do artigo 5º do Decreto que o compartilhamento de dados nos níveis restrito e específicos serão autorizados pelo gestor de dados e seu processo será formalizado por documentos de interoperabilidade cuja solicitação seguirá os critérios estabelecidos pelo CCGD, em observância à LGPD, à Lei do Governo Digital (Lei n.º 14.129, de 2021), à LAI, às orientações da ANPD e às normas correlatas. Aqui, também se acrescentou o § 4º no mesmo artigo 5º, para reforçar que as operações de interoperabilidade que envolvam dados pessoais deverão, também, explicitar: (i) propósito legítimo, específico e explícito; (ii) compatibilidade com a finalidade; e (iii) o compartilhamento mínimo necessário para o atendimento da finalidade.

No que tange ao **Cadastro Base do Cidadão (b)**, a observância do item 3.1. da parte dispositiva do voto, relativa à restrição do acesso ao CBC, deu-se a partir da expressa previsão no artigo 17, § 2º, de que o acesso dos órgãos e das entidades ao CBC deve observar as diretrizes de finalidade, adequação e necessidade. Em complemento, por meio da inclusão do § 3º no artigo 17, previu-se a responsabilidade do CCGD por estabelecer mecanismos de controle de acesso ao CBC, o qual será limitado a órgãos e entidades que comprovarem real necessidade de acesso aos dados pessoais nele reunidos.

Quanto aos itens 3.2. e 3.3. da parte dispositiva do voto, concernentes à necessidade de justificativa prévia para a inclusão novos dados na base integradora e instituição de sistemas eletrônicos de registro de acesso ao CBC para fins de responsabilização em caso de abuso, esses foram previstos no artigo 17, § 7º e 20-A do Decreto, respectivamente. No mais, foi incluído o artigo 15-A na norma, explicitando-se que os danos causados pelos órgãos e entidades federais no tratamento de dados pessoais importariam em responsabilidade civil do Estado, com possibilidade de regresso contra os agentes públicos responsáveis,

¹⁷ Observe-se que o Decreto Federal n.º 10.049, de 2019 foi modificado recentemente pelo Decreto Federal n.º 11.574, de 2023, especialmente no que tange a alguns órgãos responsáveis pelas atividades delimitadas no Decreto, o que se associa ao advento de uma nova gestão no Governo Federal em 2023. A exposição feita no artigo contempla as novidades do novel Decreto.

em casos de dolo ou culpa.

Prosseguindo, houve alteração do **desenho institucional do CCGD (c)**, previsto nos artigos 22 a 25 do Decreto n.º 10.046. Adiante, será feita a explicitação de tais mudanças já considerando a redação dada pelo novel Decreto n.º 11.574, de 2023.

Em relação à composição original, foram promovidas as seguintes distinções: (i) em vez de um membro Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, colocou-se um representante do órgão central do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - Sisip, que presidirá o CCGD; (ii) substituiu-se o representante do INSS por um do Ministério da Previdência Social e um do Ministério do Trabalho e Emprego; (iii) não mais se especificou que o representante da CGU deve provir da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção; (iv) deixou-se de prever a participação de um representante da Secretaria Especial de Modernização do Estado; e (v) incluiu-se um representante um do Ministério da Justiça e Segurança Pública e dois de organizações da sociedade com atuação comprovada na temática de proteção de dados pessoais.

Previu-se que os dois membros oriundos de organizações da sociedade serão selecionados mediante processo seletivo, conforme regulamento editado pelo CCGD, e terão mandato de dois anos, permitida uma recondução. Ademais, eles terão direito a voto nas deliberações relativas à gestão de tratamento de dados pessoais. Os demais integrantes obrigatórios serão indicados pelos órgãos que representam e designados em ato do Secretário de Governo Digital do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Além dos membros obrigatórios, estatuiu-se a possibilidade de que o CCGD contenha membros convidados, notadamente: um do Conselho Nacional de Justiça, um do Senado Federal e um da Câmara dos Deputados. A indicação desses membros convidados constitui ato discricionário dos órgãos representados e, havendo indicação, eles terão direito a voto nas deliberações relativas à gestão de dados pessoais.

Outrossim, houve alteração dos quóruns: o de reunião passou a ser de dois terços dos membros, ao passo que o de aprovação passou a ser de maioria simples.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da detida análise da ADI n.º 6.649, há como se extrair, principalmente do voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, alguns parâmetros abstratos para o compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública, tais como:

- (i) Os dados coletados e armazenados pela Administração Pública se submetem a um regime híbrido: os pertinentes à atividade administrativa do Estado se sujeitam a um regime mais flexível, próprio da LAI, de modo que seu fluxo entre os diversos órgãos e entidades está associado ao grau de sigilo do dado; porém, os dados pessoais dos cidadãos se submetem ao regime da LGPD para tratamento de dados pelo Poder Público, inclusive no que diz respeito à observância de princípios derivados do direito à proteção de dados, como finalidade, adequação, necessidade e transparência;
- (ii) A criação de uma base integradora de dados de outras bases temáticas, como o Cadastro Base do Cidadão, não é, em si, inconstitucional, mas deve ser permeada pela adoção de cautelas quando envolver dados pessoais dos cidadãos, dentre as quais: a restrição do acesso apenas àqueles órgãos que demonstrarem real necessidade, a exigência de justificativa explícita para o acréscimo de dados na base integradora e a existência de mecanismos de registro de acesso, para fins de responsabilização por eventuais abusos; e

(iii) O órgão central que estabelece diretrizes e fiscaliza o compartilhamento deve ter uma composição plural, que inclua instituições externas à Administração Pública, e seus membros devem ter asseguradas garantias mínimas contra influências indevidas.

Ocorre que o atendimento a tais parâmetros admite uma série de distintas conformações normativas. E, no caso específico da Administração Pública Federal, a concretização desses preceitos dependerá, em essência, da atuação do CCGD. É que as modificações introduzidas no Decreto n.º 10.046, de 2019 pelo Decreto n.º 11.266, de 2022 não avançaram para além da reprodução dos amplos preceitos da decisão do STF, e, com isso, atribuíram a responsabilidade por sua efetivação principalmente ao CCGD. Nessa direção, pode-se citar, exemplificativamente, a fixação de critérios para as solicitações de compartilhamento nos níveis de compartilhamento restrito e específico (artigo 5º, § 3º); o estabelecimento de mecanismos de controle de acesso ao CBC (art. 17, § 3º); a instituição de medidas de segurança compatíveis com os princípios previstos na LGPD (artigo 20-A).

Prosseguindo, o estudo conjunto dos autos da ADI n.º 6.649 e da atual redação do Decreto Federal n.º 10.046, de 2019 permite aferir que determinados temas ficaram pendentes de equacionamento. Possivelmente o mais importante deles se relaciona aos riscos de vulnerabilidades de segurança do CBC, aspecto que foi amplamente desenvolvido pelos postulantes da ADI, mas ao qual não foi conferido peso argumentativo no voto do relator; a questão tampouco ganhou concretude com as alterações do decreto, tornando-se também uma temática a ser enfrentada pelo CCGD, como dito supra.

Outro aspecto não solucionado é o da ausência de diálogo entre a figura do gestor de dados, prevista no Decreto, e as figuras da LGPD, como a do encarregado de dados. Esse fator gera dúvidas quanto à necessidade de existência das duas figuras e, em caso de coexistência, quanto às atribuições a serem desempenhadas por cada qual.

Por último, questão que comporta reflexão é se o desenho institucional agora conferido ao CCGD atende aos parâmetros estabelecidos pelo STF. É que, não obstante se tenha incluído na sua composição dois membros obrigatórios provenientes de organizações da sociedade, todos os demais integrantes obrigatórios advêm de órgãos da Administração Pública Federal, sendo que o quórum de aprovação das deliberações passou a ser de maioria simples, ou seja, ele pode ser alcançado apenas pelos votos dos representantes da Administração.

Note-se que essa composição não se equipara à de outros órgãos de proteção de dados existentes no Brasil. O Conselho Nacional de Proteção de Dados (disciplinado no artigo 58-A da LGPD), por exemplo, contém participação de representantes de diversos setores, como: Administração Pública, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, entidades da sociedade civil, instituições científicas, confederações sindicais etc.

De mais a mais, à exceção do mandato de dois anos resguardado aos integrantes provenientes de organizações da sociedade, não se extrai do Decreto garantias contra influências indevidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DONEDA, Danilo. **Princípios de proteção e dados pessoais**. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO,

Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 369-384.

HORNUNG, Gerrit e SCHNABEL, Christoph. **Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination**. Elsevier Ltd. doi:10.1016/j.clsr.2008.11.002: *Computer law & security review* 25 (2009), pp. 84–88.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial – Edital FD 08/2021). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.387/DF**, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado 07.05.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Suspensão de Liminar n.º 1.103, Medida Cautelar**, Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 05.02.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Mandado de Segurança n.º 36.150**, Medida Cautelar, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10.12.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 695 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.649**, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 15.09.2022.

WIMMER, Miriam. **Limites e possibilidade para o uso secundário de dados no Poder Público: Lições da Pandemia**. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 11, n.º 1. Abr. 2021.

José Mauricio Conti¹

Caio Gama Mascarenhas²

Federalismo é um tema global que desperta inúmeras discussões acaloradas e passionais. No Brasil, a reforma do sistema de tributação não é diferente, destacando-se inúmeras concepções do federalismo conforme visões específicas de mundo.

A reforma fiscal da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45-A/2019 está próxima da promulgação após aprovação nas duas casas do Congresso Nacional em dois turnos. A essência central da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) reside na tentativa de simplificar o sistema tributário e do modelo vigente no país. O texto propõe a substituição de cinco tributos - ICMS, ISS, IPI, PIS e Cofins - por três: Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e Imposto Seletivo (IS). Além disso, a proposta inclui a isenção de produtos que compõem a cesta básica, juntamente com uma série de outras medidas. Agora, o texto será submetido à votação na Câmara dos Deputados, para revisão, pela Câmara dos Deputados, das alterações realizadas pelo Senado Federal.

Como bem noticiado pela imprensa, prevaleceu, no Congresso Nacional, a reforma tributária que adota o modelo de IVA dual com o IBS sendo compartilhado somente entre Estados e Municípios (com arrecadação centralizada em uma instituição nacional) e a CBS sob a competência da União, mas com regras constitucionais idênticas ao IBS.

Alerta-se que o modelo de alteração nas finanças públicas das unidades federativas pode definir o sucesso ou fracasso das novas normativas. A centralização arrecadatória do modelo é um dos pilares estruturantes da proposta e também o mais sensível do ponto de vista federativo. O presente artigo busca tecer uma análise crítica sobre a reforma fiscal e seus efeitos no federalismo brasileiro, utilizando-se, para tanto, das doutrinas de federalismo comparado em âmbito transdisciplinar (direito, economia e ciência política).

1. REPACTUAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO? REFORMA FISCAL? ESCLARECIMENTOS INICIAIS

O texto se inicia esclarecendo o título no tocante à “repactuação do federalismo” e “reforma fiscal”.

* Artigo parcialmente baseado nos seguintes textos: CONTI, José Mauricio. Reforma tributária e arcabouço fiscal só aumentam angústia dos prefeitos: cenário para as finanças municipais não se mostra promissor. JOTA, v. I, p. 1, 2023. CONTI, José Mauricio. O voo cego da reforma fiscal. JOTA, v. I, p. 1, 2023. MASCARENHAS, Caio Gama. Reforma tributária e o problema da partilha de receita de impostos. Migalhas, Ribeirão Preto, 20 jun. 2023.

1 Professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da USP. Mestre, doutor e livre-docente em Direito Financeiro pela USP. Consultor jurídico. Advogado.

2 Doutorando em Direito Econômico e Financeiro (USP). Mestre em Direitos Humanos (UFMS). Extensão em federalismo comparado pela Universität Innsbruck. Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul.

Primeiramente, a ideia de “reactuação” do federalismo não é algo novo no cenário político mundial. Conforme apontado por diversos teóricos, o federalismo é um processo historicamente dinâmico e não estático. Apresentam-se variações nos níveis de centralização e descentralização não apenas entre países, mas também dentro deles no decorrer do tempo. Isso significa que essas variações ocorrem dentro de uma mesma estrutura federal, regional ou unitária³. Esse fenômeno não ocorre somente por meio do advento de novas constituições ou de mutações constitucionais, ocorrendo igualmente por meio de emendas constitucionais e alterações em legislações nacionais⁴. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o pacto federativo brasileiro vem sofrendo inúmeras alterações. *A mais significativa reactuação certamente é a “reforma tributária” votada em 2023, porquanto praticamente extingue as competências tributárias mais importantes dos entes subnacionais, substituindo-as por uma competência tributária colegiada e gerida externamente por um Conselho Intergovernamental.*

Não é aleatória a escolha de “reforma fiscal” em oposição à “tributária”, na medida em que se pretende corrigir um equívoco que tem prejudicado as discussões sobre o tema. A modificação no sistema tributário constitucional traz consigo questões de extrema relevância no campo tributário, devido às propostas de introdução de novos tributos e regras que alterarão substancialmente a dinâmica entre os órgãos fiscais e os contribuintes.

Porém, de extrema importância é o viés financeiro inerente à reforma, que altera o panorama do federalismo fiscal e incide diretamente nas relações financeiras entre os órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Este ponto, por sua vez, tem sido negligenciado em termos de atenção merecida e proporcional. A atividade financeira do Estado abrange aspectos da arrecadação, fixação da despesa, endividamento, administração e organização dos recursos econômicos essenciais para atender às necessidades que o Estado assumiu ou delegou a outras entidades de direito público.

A denominação “reforma tributária” pode sugerir que o cerne da reforma reside apenas na questão da arrecadação tributária, limitando-se à relação entre fisco e contribuinte. Contudo, é notável que essa reforma abarca inúmeros outros elementos, como gastos públicos, endividamento, organização das finanças estatais e até questões políticas delicadas, como representação política local (federalismo) e democracia.

2. FEDERALISMO E OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA E PARTICIPAÇÃO

Ante a ausência de padronização doutrinária, Federalismo configura um tema complexo, ressaltando que sua teoria normativa pode expressar inúmeras visões de mundo – algumas que favorecem a centralização e outras que favorecem a descentralização. Na prática, no entanto, alguns elementos podem indicar objetivamente o nível de autoridade regional que as unidades da federação possuem efetivamente⁵.

3 PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. Comparative federalism: constitutional arrangements and case law. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017, p. 15. Ver ainda: POPELIER, Patricia. Dynamic federalism: A new theory for cohesion and regional autonomy. New York: Routledge, 2021, p. 46-74.

4 ARRETCHE, Marta. Continuidades e descontinuidades da federação brasileira: de como 1988 facilitou 1995. Dados, v. 52, 2009, p. 377-423.

5 Cientistas políticos analisaram as características institucionais de Estados Federais e Unitários ao redor do mundo. Um estudo liderado por Liesbet Hooghe, Gary Marks e outros, propôs a autonomia (self-rule) e participação (shared rule) como dimensões cruciais no Índice de Autoridade Regional (RAI). Esta avaliação abrangeu 81 (quase) democracias entre 1950 e 2010, incluindo regiões com uma média populacional de pelo menos 150.000 habitantes. Desde então, foi possível comparar sistematicamente sistemas federativos e não federativos em várias dimensões de autogoverno e governo compartilhado. Fonte: HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary et al. Measuring regional authority: A postfunctionalist theory of governance, Volume I. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 1-34.

A ausência de uma definição comum de federalismo e de uma terminologia padronizada é claramente a raiz do problema que impede a existência de uma teoria global. De forma unânime, as definições reconhecem a origem etimológica da palavra latina “*foedus*”, que significa “aliança”. Todas as teorias concordam que o federalismo é um princípio aplicável a sistemas compostos por, pelo menos, duas partes constituintes que não são completamente independentes, mas que, juntas, formam o sistema como um todo. O federalismo, portanto, engloba o princípio da “unidade na diversidade”, caracterizando uma concordância discordante (“*concordantia discors*”). As unidades constituintes devem possuir autonomia e direito de participação no nível federal. Há um consenso aparente em relação a esta definição mínima⁶. Duas características são centrais no caso: a autonomia e a participação.

A autonomia, conforme descrita por diversos teóricos, representa a capacidade de autoridades locais ou entidades federadas governarem e administrarem de forma independente dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Isso implica ter o poder de criar suas próprias leis e regras, gerenciar seus recursos e exercer as competências concedidas dentro do sistema federativo, sem, no entanto, incluir o atributo da soberania, exclusivo da Federação como um todo⁷.

A participação, por sua vez, refere-se à contribuição ativa dos Estados-membros no processo de tomada de decisões que afetam toda a estrutura federativa. Isso implica que esses Estados têm participação nas deliberações e na formação das instituições da Federação, sendo parte ativa na criação e no exercício da soberania do ente central⁸.

Para assegurar a autonomia e a participação dos entes federativos, surgem instituições políticas complementares tais como: (1) uma constituição escrita que estabelece claramente a distribuição de competências entre os membros da federação; (2) regras constitucionais mais rígidas para alterações legislativas que afetam o pacto federativo; (3) órgãos nacionais que consideram a representação territorial, frequentemente uma câmara legislativa; (4) um tribunal designado para resolver disputas entre os entes federativos⁹.

3. CONSELHOS INTERGOVERNAMENTAIS E A LEI DA PARTICIPAÇÃO

Tradicionalmente a “lei da participação” seria operacionalizada por Câmaras territoriais em sistemas bicamerais. A função o sistema bicameral, também conhecido como legislativo dual, confere aos Estados componentes da Federação uma participação ativa na revisão constitucional, sendo um elemento distintivo do sistema federativo. Esse sistema de duas câmaras é fundamental para a estrutura da ordem federativa, representando uma técnica de separação vertical de poderes. No Poder Legislativo Federal, o Senado expressa a vontade dos Estados, enquanto a Câmara dos Deputados representa a vontade dos cidadãos¹⁰.

6 GAMPER, Anna. A “global theory of federalism”: The nature and challenges of a federal state. *German Law Journal*, v. 6, n. 10, 2005, p. 1297-1318.

7 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000, p. 232; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 94-95.

8 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000, p. 232; ELAZAR, Daniel J. *Exploring federalism*. University of Alabama Press, 1987, p. 184; PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. *Comparative federalism: constitutional arrangements and case law*. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017, p. 42.

9 ARRETICHE, Marta. Estados federativos e unitários: uma dicotomia que pouco revela. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, 2020, p. 1-17.

10 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000, p. 239.

O Senado federal defende interesses regionais na prática? No Brasil, Marta Arretche argumenta que o Senado, teoricamente concebido para representar os interesses estaduais, tende a operar mais como uma “Casa partidária”. Isso significa que, em muitos casos, a disciplina partidária e as agendas partidárias têm mais influência do que a representação direta dos Estados. Segundo a autora, essa dinâmica pode resultar na diminuição da influência dos Estados na mudança institucional e na tomada de decisões, já que a disciplina partidária pode superar a representação regional que se espera dos membros do Senado¹¹.

Além do sistema bicameral, outra forma de participação é realizada por meio dos *Conselhos Intergovernamentais*.

Os Conselhos Intergovernamentais são estruturas formais e institucionalizadas nas quais membros do Poder Executivo das diferentes unidades da federação se reúnem para colaborar em políticas públicas de alcance nacional. Esses conselhos estabelecem canais de comunicação e coordenação horizontais e/ou verticais entre os diversos níveis de governo, sendo fundamentais na elaboração, tomada de decisões e implementação de políticas em diferentes níveis administrativos¹².

4. GESTÃO DO IBS E A TROCA DA AUTONOMIA PELA PARTICIPAÇÃO

Tudo indica que a reforma fiscal aposta na troca da autonomia dos entes subnacionais pela participação destes na gestão do imposto subnacional chamado IBS mediante um Conselho Intergovernamental.

Perde-se expressamente a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre seus próprios tributos, que podiam tratar sobre as alíquotas possíveis, regimes específicos de tributação, isenções fiscais e outras questões em legislação estadual ou municipal.¹³

A participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios seria garantida por meio do direito ao voto no colegiado do Conselho Intergovernamental do IBS, com regras de composição e quóruns próprios de aprovação nas deliberações¹⁴.

11 ARRETCHE, Marta. Federalism, bicameralism and institutional change: exploring correlations and mechanisms. *Brazilian Political Science Review*, 4(2), 2010, p. 10-31.

12 BEHNKE, Nathalie; MUELLER, Sean. The purpose of intergovernmental councils: A framework for analysis and comparison. *Regional & Federal Studies*, v. 27, n. 5, 2017, p. 513.

13 Há pelo menos sete fatores destacam aspectos cruciais na distribuição da autoridade tributária e fiscal entre os diferentes níveis de governo: a) Definição das áreas de tributação exclusiva, que especifica quais áreas são exclusivas de tributação para cada nível de governo; b) autonomia dos níveis de governo para legislar sobre seus próprios tributos, que se refere à capacidade de cada nível de governo de criar leis tributárias próprias; c) autoridade tributária sobre o campo residual, que cuida da competência para tributar áreas não especificamente designadas para tributação exclusiva; d) nível de dependência de transferências fiscais, que indica a extensão em que um nível de governo depende das transferências de recursos de outro nível; e) vinculação de gastos das receitas, que estabelece como as receitas oriundas de tributos estão vinculadas a determinadas áreas de gastos ou programas; f) nível de descentralização do gasto, que trata da proporção de gastos que são decididos e administrados pelos diferentes níveis de governo; e g) autonomia para obtenção de empréstimos, que diz respeito à capacidade de cada nível de governo de tomar empréstimos e contrair dívidas. Fonte: ARRETCHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: a barganha federativa na federação brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, 2005, p. 72; BLUME, Lorenz; VOIGT, Stefan. Federalism and decentralization—a critical survey of frequently used indicators. *Constitutional Political Economy*, v. 22, n. 3, p. 238–264, 2011, p. 6. RODDEN, Jonathan. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista de sociologia e política*, 2005, p. 9-27.

14 Segundo os §§ 3º e 4º do artigo 156-B do texto aprovado no Senado: “§ 3º A participação dos entes federativos na instância máxima de deliberação do Comitê Gestor observará a seguinte composição:

I – 27 (vinte e sete) membros, representando cada Estado e o Distrito Federal; II – 27 (vinte e sete) membros, representando o conjunto dos Municípios e do Distrito Federal, que serão eleitos nos seguintes termos: a) 14 (quatorze) representantes, com base nos votos de cada Município, com valor igual para todos; e b) 13 (treze) representantes, com base nos votos de cada Município ponderados pelas respectivas populações. § 4º As deliberações no âmbito do Comitê Gestor serão consideradas aprovadas se obtiverem, cumulativamente, os votos: I – em relação ao conjunto dos Estados e do Distrito Federal: a) da maioria absoluta de

Segundo o texto da reforma fiscal, esse Conselho Intergovernamental ficaria previsto no artigo 156-B da Constituição. No caso, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vão exercer conjuntamente a administração desse imposto, por meio desse Conselho Intergovernamental do IBS, seguindo as diretrizes e limitações estabelecidas na Constituição e em leis complementares específicas para essa finalidade. Esse Conselho provavelmente teria a responsabilidade de coordenar a aplicação e a arrecadação desse imposto, garantindo a integração e a uniformidade na sua gestão entre os diferentes níveis de governo.

O texto aprovado pelo Senado Federal denomina tal Conselho como “Comitê Gestor do IBS”, prevendo poderes no artigo para: (1) editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto; (2) arrecadar o imposto, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios; e (3) decidir o contencioso administrativo. O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços configurara uma “*entidade pública sob regime especial, terá independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira*”.

Ressalta-se que o texto aprovado pela Câmara dos Deputados denominava tal instituição como “Conselho Federativo” e lhe dava poder de iniciativa de lei complementar que trate do IBS no §3º do artigo 61 da Constituição. Tal prerrogativa foi suprimida justamente pelo Senado Federal, a casa legislativa que, em tese, teria de representar os interesses regionais.

O IBS teria a sua arrecadação efetuada diretamente por agentes públicos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas o destino da arrecadação seria uma conta única gerenciada pelo Conselho Intergovernamental¹⁵ (seja ele denominado como Comitê Gestor ou Conselho Federativo).

5. IBS, EQUALIZAÇÃO FISCAL E A COMPETIÇÃO

A reforma fiscal privilegia equalização fiscal em desfavor do esforço arrecadatório dos entes federados no exercício de suas competências tributárias.

A equalização fiscal é uma característica comum em muitos sistemas federativos de financiamento. Essa prática assume diferentes formas, mas sua finalidade fundamental é transferir receitas para jurisdições que possuem fragilidades fiscais. Em alguns casos, a equalização fiscal está integrada a um sistema de partilha de receitas no qual o governo central fornece transferências com valores diferenciados para os governos provinciais, estaduais ou locais, levando em consideração as necessidades fiscais específicas de cada ente subnacional. Esse processo visa reduzir disparidades financeiras entre diferentes regiões ou unidades administrativas dentro do sistema federativo¹⁶.

Nesse contexto de equalização fiscal, alguns estudos destacam a relevância das transferências

seus representantes; e b) de representantes dos Estados e do Distrito Federal que correspondam a mais de 50% (cinquenta por cento) da população do País; e II – em relação ao conjunto dos Municípios e do Distrito Federal, da maioria absoluta de seus representantes”.

15 Segundo o texto aprovado pelo Senado Federal no inciso V do §2º do artigo 156-B: “a fiscalização, o lançamento, a cobrança e a representação administrativa ou judicial do imposto serão realizadas pelas administrações tributárias e procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que poderão definir hipóteses de delegação”.

16 OATES, Wallace. Assignment of responsibilities and fiscal federalism. Blindenbacher and Koller (eds). FORUM OF FEDERATIONS, 2003, p. 82.

de recursos para os pequenos municípios brasileiros no contexto do financiamento público. Esses dados de 2021 indicam que os municípios de menor porte populacional no Brasil dependem significativamente de receitas de transferências, sejam elas constitucionais, legais ou voluntárias. A participação dessas transferências é bastante alta, ultrapassando 80% para os grupos de municípios com até 50 mil habitantes, que representam 84,93% de todos os municípios do país. Além disso, a dependência das transferências também é considerável para os grupos de municípios com até 100 mil habitantes, atingindo mais de 70% e abrangendo 91,09% do total de municípios brasileiros¹⁷.

O sistema de gestão do IBS tende a ampliar esse sistema de equalização fiscal, porquanto fundado na fusão de dois impostos (ICMS e ISS), centralização arrecadatória e descentralização do produto da arrecadação. A partilha será realizada por meio de critérios previstos em lei e executados pelo Conselho intergovernamental responsável pela partilha¹⁸. Inclusive alguns critérios de repasse dos estados para Municípios tendem a assumir critérios mais redistributivos em oposição aos critérios devolutivos (que levam em conta as operações tributáveis ocorridas no território dos Municípios)¹⁹.

No campo das competências tributárias em extinção, encontram-se o ICMS e o ISS. O ICMS é um imposto complexo de competência estadual, compartilhado com os municípios conforme disposto no artigo 158, IV e § único da Constituição. Já o ISS é um imposto de competência municipal. A fusão desses impostos, embora evite uma multiplicidade legislativa, terá o custo elevado de significativa redução na autonomia dos respectivos entes federativos. Isso resulta na perda substancial da capacidade de utilizar esse instrumento de política fiscal para atender aos seus interesses, mesmo que uma versão “dual” seja adotada, mantendo parte da gestão do novo tributo nos entes subnacionais.

Um aspecto positivo dessa fusão é a redução da guerra fiscal. De fato, a guerra fiscal é prejudicial quando é predatória. Não se pode confundir, entretanto, guerra fiscal com uma competição fiscal saudável, benéfica para impulsionar investimentos e proporcionar economia de tributos para os contribuintes, em um verdadeiro federalismo competitivo²⁰. Deve-se considerar cuidadosamente o custo-benefício dessa centralização.

A redistribuição da arrecadação tributária resultante dessa fusão será consideravelmente problemática. Ela terá que contemplar milhares de entes federativos que perderam parte das receitas fiscais, mas que dependem desses recursos para manter suas administrações e implementar políticas públicas sob

17 BREMAEKER, François. As finanças municipais em 2021. Observatório de Informações Municipais. Maricá (RJ), julho de 2022, p. 13.

18 Segundo a aprovada redação constitucional do §5º do artigo 156-A: “§ 5º Lei complementar disporá sobre: I – as regras para a distribuição do produto da arrecadação do imposto, disciplinando, entre outros aspectos: a) a sua forma de cálculo; b) o tratamento em relação às operações em que o imposto não seja recolhido tempestivamente; c) as regras de distribuição aplicáveis aos regimes favorecidos, específicos e diferenciados de tributação previstos nesta Constituição; [...]”.

19 Cuida-se da redação do §2º do artigo 158 da Constituição, que cuida da partilha do imposto IBS dos Estados para os Municípios, com a extinção do critério devolutivo VAF: “§ 2º As parcelas de receita pertencentes aos Municípios mencionadas no inciso IV, “b”, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I – 80% (oitenta por cento) na proporção da população; II – 10% (dez por cento) com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos, de acordo com o que dispuser lei estadual; III – 5% (cinco por cento) com base em indicadores de preservação ambiental, de acordo com o que dispuser lei estadual; IV – 5% (cinco por cento) em montantes iguais para todos os Municípios do Estado.”.

20 É importante ressaltar a existência de um modelo alternativo de federalismo, o qual diverge do conceito econômico de federalismo fiscal: o federalismo competitivo. Essa teoria representa uma retomada de algumas características do federalismo dual, buscando minimizar a intervenção do governo central e fortalecer as competências dos entes subnacionais para arrecadar tributos. Nesse modelo, há uma redução no uso de incentivos fiscais e transferências intergovernamentais por parte do governo central. No federalismo competitivo, há um claro interesse em aplicar as regras do livre mercado na descentralização político-financeira de um país, equiparando o cidadão votante a um consumidor. Fonte: MASCARENHAS, Caio. Notas sobre o federalismo fiscal, o federalismo competitivo e a constituição financeira no Brasil. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 3, n. 3, 2020.

sua responsabilidade. Recuperar essa arrecadação a níveis próximos dos originais se torna evidentemente impossível em um cenário de centralização como esse. Resta saber quais serão as consequências das distorções geradas pela implementação desse novo sistema.

Uma possível solução para essa questão, até o momento, foi delegar à lei complementar a definição e apresentação de critérios que possibilitem longos períodos de transição, visando amenizar os impactos negativos para os entes federativos afetados.

6. A PARTILHA DE RECEITA TRIBUTÁRIA E AS DEMAIS TRANSFERÊNCIAS

A reforma tributária extingue as principais fontes de receitas próprias dos Estados e Municípios.

Conforme o critério de titularidade da competência arrecadatória, as receitas podem ser: (I) próprias, arrecadadas diretamente pelo ente federativo, em decorrência das normas que regem aquele tipo de receita (exemplo: competência tributária para instituir impostos e taxas); (II) transferidas, arrecadadas por um ente federativo (podendo ser originárias ou derivadas) e destinadas a outro ente federativo, por força de norma (exemplo: FPE, FPM e FUNDEB).²¹ Ressalta-se que as receitas transferidas incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada a transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber (§1º, art. 6º, Lei nº 4.320/1964).

Segundo a doutrina internacional, as transferências intergovernamentais podem ser divididas entre partilha de receita de impostos (*tax sharing*) e outras transferências financeiras (*grants*). A repartição de impostos (*tax sharing*) existe quando dois ou mais unidades da federação recebem parte da receita da arrecadação tributária de um determinado imposto coletado por outro ente federado. As transferências financeiras gerais (*grants*) são repasses de recursos sujeitos a certas condições e sem obrigatoriedade de fonte específica de recursos (ex: Fundeb e transferências voluntárias no Brasil)²².

Há quatro critérios para qualificar uma partilha de receita de impostos no âmbito internacional: (1) Compartilhamento de riscos, pois o montante da receita alocada ao nível subcentral está estritamente relacionado à receita tributária total arrecada pelo ente central, assumindo o risco de não atingimento da meta de arrecadação e de flutuações de receita; (2) Incondicionalidade, em razão de o governo subnacional ser livre para usar as receitas transferidas; (3) Estabilidade da fórmula, na medida em que a divisão da receita entre o governo central e o subcentral é predeterminada com antecedência e não é alterada ao longo do exercício financeiro²³.

As transferências intergovernamentais devem atender aos menos esses três primeiros critérios para ser considerada uma partilha de receita de impostos (*tax sharing*), caso contrário será o mesmo que uma transferência financeira geral (*grant*). Se, além desses critérios, também for atendido um quarto chamado de “Proporcionalidade individual” (4), será uma partilha de receita de impostos em sua forma

21 SCAFF, Fernando Facury. Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

22 BLÖCHLIGER, Hansjörg; PETZOLD, Oliver. Finding the dividing line between tax sharing and grants: A statistical investigation. OECD Working Papers on Fiscal Federalism, No. 10. OECD Publishing: Paris, 2009, p. 10.

23 Ibid, p. 4.

pura (*strict tax sharing*). Tal critério diz respeito ao fato de a parcela de receita de cada governo local estar estritamente relacionada ao que ele gera em seu próprio território²⁴.

O Brasil utiliza qual modelo “não puro” de partilha de receita de impostos (*tax sharing*). Isso porque o critério (4) de proporcionalidade individual não é observado nos principais instrumentos de partilha de receita de impostos no Brasil. Ressalta-se que, mesmo antes da reforma fiscal, o percentual de 35% da receita de ICMS segue critérios não vinculados ao local de arrecadação – notadamente lei estadual e lei de indicadores educacionais (parágrafo único do artigo 158 da Constituição). O Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) seguem critérios redistributivos conforme população e renda *per capita*, segundo a Lei Complementar n. 62/1989.

A reforma fiscal tende a aprofundar esse modelo, considerando a extinção do critério Valor Adicionado Fiscal (VAF) que é utilizado hoje como critério de partilha de ICMS para os Municípios. Provavelmente ficará frágil o link entre a eficiência arrecadatória de cada governo regional e local e os recursos repassados para o ente federado.

7. A FALSA EQUIVALÊNCIA ENTRE RECEITA PRÓPRIA E RECEITA TRANSFERIDA

Roque Antônio Carrazza explica que a Constituição Federal acolhe duas modalidades de competência no âmbito da autonomia financeira dos entes federados: a tributária (faculdade de instituir tributos) e a financeira (direito de participar do produto de sua arrecadação). Ambas ocupam a mesma hierarquia, é dizer, geram o mesmo tipo de direito às pessoas políticas que as possuem: o direito de obter fundos, seja por arrecadação própria, seja mediante participação no produto da arrecadação alheia²⁵.

A competência tributária, entretanto, abrange o poder de tributar e o poder de não tributar, permitindo que o ente federado competente formule sua política econômica. Poder de não tributar está dentro do contexto dos incentivos fiscais. Segundo Estevão Horvath e Hendrick Pinheiro, incentivos fiscais é um conceito que designa um gênero que abrange “*uma variedade de institutos jurídicos, como isenções, reduções de alíquota, bonificações, depreciação acelerada, entre outros, que visam à promoção do desenvolvimento econômico e social*”. Segundo os autores, o fomento implementado por meio de incentivos fiscais tributários é uma manifestação do fenômeno da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, que se legitima por meio de seus objetivos²⁶.

Essa prerrogativa de Estados e Municípios concederem incentivos fiscais autônomos ficaria duplamente limitada na reforma tributária governista: (1) em primeiro lugar, porque a gestão da arrecadação seria centralizada em órgãos nacionais; e (2) em segundo, porque isenções concedidas por Estados e Municípios no modelo IVA passariam a ser vedadas ou bem restritas.

O grau de autonomia política para lidar com questões fiscais é diametralmente oposta se for

²⁴ Ibid, p. 5.

²⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 782.

²⁶ HORVATH, Estevão; PINHEIRO, Hendrick. Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: cortesia com chapéu alheio. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 50.

considerada a diferença entre a competência tributária (receita própria) e a competência financeira (receita transferida). Quando possui competência tributária, o governo local pode livremente ajustar sua política arrecadatória para suprir suas necessidades fiscais (despesas e dívidas), aumentando a carga tributária ou direcionando incentivos para determinados setores econômicos estratégicos.

No caso da competência financeira, o ente federado beneficiário da partilha fica condicionado à eficiência arrecadatória do ente que detém a competência tributária do imposto de receita partilhada. O ente federado subnacional, outrossim, não tem a liberdade para formular uma política tributária conforme suas necessidades fiscais, ficando sujeito às barganhas políticas com ente central para obter mais recursos.

A forte centralização da competência tributária e da arrecadação das receitas públicas no governo central, ponto que está bastante evidente no projeto de reforma em curso, deixará os municípios brasileiros ainda mais dependentes do que já são das transferências de recursos e ampliará essa dependência para Estados e Municípios que possuem robustez econômica. Nesse sentido, reduz-se perigosamente sua autonomia financeira e aumentando o temor de que não disponham de receitas suficientes para cobrir as despesas obrigatórias e cumprir com suas funções constitucionais.

8. O DILEMA DO FEDERALISMO FISCAL: ENTRE EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A AUTONOMIA

Jonathan Rodden, um dos maiores pesquisadores sobre federalismo fiscal comparado, encontrou uma interessante correlação em seus estudos empíricos em 2002. Segundo o autor, orçamentos equilibrados de longo prazo entre governos subnacionais são encontrados quando (1) o ente central impõe restrições de empréstimos aos entes subnacionais ou (2) os governos subnacionais têm ampla autonomia tributária e de empréstimos. Déficits agregados grandes e persistentes ocorrem quando os governos subnacionais são simultaneamente dependentes de transferências intergovernamentais e livres para emprestar, sendo essa uma combinação encontrada com mais frequência entre as unidades constituintes das federações. Seu estudo revela que, à medida que os países aumentam sua dependência de transferências intergovernamentais ao longo do tempo, o desempenho fiscal subnacional e geral diminui, especialmente quando os governos subnacionais têm fácil acesso ao crédito²⁷.

Conclui que nisto reside o “dilema do federalismo fiscal” e uma compreensão mais precisa de seus perigos: por uma variedade de razões políticas e morais, o ente central forte muitas vezes se envolve nos assuntos dos governos subnacionais, tendo que socorrê-los frequentemente de seus problemas. Ao mesmo tempo, o ente central pode ser politicamente muito fraco e fragmentado para intervir em certos governos subnacionais para censurá-los ou mudar as instituições fiscais e políticas básicas que criam incentivos ruins. Isso ocorre com mais frequência em federações, mas de forma alguma o fenômeno se limita às federações formais – ocorrendo também em Estados Unitários²⁸.

Um fenômeno interessante encontrado pelo autor chama-se “Ilusão fiscal”: quando o contribuinte não consegue fazer mais o link entre seus tributos e o financiamento de serviços e bens públicos

²⁷ RODDEN, Jonathan. “The Dilemma of Fiscal Federalism: Grants and Fiscal Performance around the World”, *American Journal of Political Science*, 46(3): 670-87, 2002.

²⁸ Ibid.

locais, pressionando por mais gastos e endividamento. Essa ausência de link ocorre obviamente quando o governo local é dependente de transferências intergovernamentais e não possui autonomia para tributar.

Onde se encontra o Brasil nesse panorama? No Brasil, Estados e Municípios possuem sérias restrições para contrair empréstimos em razão da arquitetura constitucional e legal brasileira: notadamente as competências do Senado Federal para estipular os limites de endividamento no artigo 52 da Constituição e as normas gerais determinadas na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigos 35, 36 e 37). Atualmente, entretanto, a situação do endividamento dos Estados melhorou nos últimos anos após o aumento de sua solvência justamente por meio da arrecadação de impostos²⁹.

Considerando a ausência do link entre arrecadação decorrente de competências tributárias extintas pela reforma fiscal e os gastos necessários para as políticas públicas de cada ente federado, é possível que a ilusão fiscal se aprofunde no Brasil.

9. A FALTA DE SEGURANÇA JURÍDICA NA PARTILHA DE RECEITAS E A “CORTEZIA COM CHAPÉU ALHEIO”

Um dos principais motivos para apreensão com o sistema de centralização na União das receitas arrecadadas e posterior transferência aos entes subnacionais é a falta de segurança jurídica. No Brasil, há um extenso histórico de litígios judiciais envolvendo fundos de repartição fiscal e transferências em geral.

O exemplo mais evidente é o Fundo de Participação dos Estados. A Constituição Federal (artigo 159, inciso I, alínea “a”) reserva 21,5% da arrecadação do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza e do Imposto sobre Produtos Industrializados para os Estados e o Distrito Federal, por meio do Fundo de Participação dos Estados (FPE). Desde 1989, as regras para o cálculo do montante individual a ser repassado a cada estado-membro e ao Distrito Federal estavam previstas na Lei Complementar 62/1989. Essa lei, no entanto, não trazia propriamente critérios para distribuição das receitas. Inicialmente, os coeficientes individuais deveriam ser provisórios e vigorar apenas nos exercícios de 1990 e 1991, mas permaneceram em vigor por mais de vinte anos por ausência da lei específica prevista no §2º do artigo 2º da Lei Complementar.

Inconformados com a omissão legislativa, vários Estados (ADI 875, 2727 e 3243) levaram a questão até o Supremo Tribunal Federal (STF) pela via do controle abstrato. Em 24/02/2010, o STF, acolhendo voto do relator, ministro Gilmar Mendes, julgou procedentes as ações para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, incisos I e II, parágrafo 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/1989, com modulação de efeitos.

Embora não seja formalmente uma partilha de receita de impostos, é conveniente citar as lides fiscais envolvendo o extinto FUNDEF, por envolver cálculo de repasses. Segundo a Emenda Constitucional nº 14/1996, a União tinha o dever de complementar recursos sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, tais valores não alcançassem o mínimo definido nacionalmente, no caso, o Valor Mínimo Anual por Aluno –VMAA. Ao invés de calcular o valor conforme o estabelecido na lei, a União fixava unilateral-

²⁹ AGÊNCIA BRASIL. Sobe para 21 número de Estados com nota A e B do Tesouro. Esses governos podem pegar crédito com garantia da União. Fonte: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-11/sobe-para-21-numero-de-Estados-com-nota-e-b-do-tesouro>

mente valores menores por decreto. O resultado disso foram centenas de condenações em todos os graus de jurisdição, incluindo o STJ e STF.³⁰

Cita-se ainda a política de incentivos fiscais do ente central como uma “cortesia com chapéu alheio”, porquanto parte desse custo é transferida para o ente titular de parcela do produto de uma arrecadação que jamais será concretizada. Nesse contexto, há redução das receitas partilhadas suportada pelos entes beneficiários, sendo o assunto levado ao STF no RE nº 572.762/SC (Tese 42) e RE nº 705.423/SE (Tese 653)³¹.

Pode-se perceber que a margem de ajustes nas finanças municipais é tão estreita que, durante o último censo demográfico em 2022, a revisão das populações revelou uma diminuição de habitantes em alguns municípios. Isso resultou na revisão da parcela destinada a eles no Fundo de Participação dos Municípios (FPM), uma das principais fontes de receita.

Mesmo uma pequena redução na transferência dos recursos desse fundo, que é apenas uma das fontes de receita dos municípios, provou ser suficientemente grave para torná-los financeiramente inviáveis. Isso culminou na criação da Lei Complementar 198, de 28 de junho de 2023, estabelecendo que “[a] partir de 1º de janeiro do ano subsequente à publicação da contagem populacional do censo demográfico, realizado pelo IBGE, ficam mantidos os coeficientes do FPM atribuídos no ano anterior aos Municípios que apresentarem redução de seus coeficientes pela aplicação do disposto no caput do art. 1º desta Lei Complementar”. Esta lei foi elaborada sob medida para evitar tais reduções nos repasses, destacando que, por menor que seja a diminuição das receitas, elas não são sustentáveis e são suficientes para inviabilizar financeiramente esses municípios.

Os apelos por ajuda são frequentes e persistentes, como evidenciado recentemente pela pressão dos municípios por recursos federais: “Metade dos municípios está em déficit, e prefeitos buscam apoio do governo central”, noticiou a Folha de S. Paulo em 20 de agosto de 2023, revelando que, no primeiro semestre, 2.362 cidades gastaram mais do que arrecadaram, um aumento de sete vezes em relação ao mesmo período do ano anterior (342)³².

Com poucas perspectivas de redução nos gastos, devido à “rigidez” das despesas, muitas das quais são obrigatórias e têm destinações previamente estabelecidas, os prefeitos se veem com poucas alternativas viáveis. Eles passam a depender cada vez mais das transferências intergovernamentais, especialmente aquelas que são voluntárias, ocasionalmente sujeitas a critérios discricionários e nem sempre transparentes. Isso cria dependências políticas indesejáveis para um federalismo verdadeiramente republicano.

10. A PROMESSA DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A reforma fiscal é defendida com base em argumentos pró-desenvolvimento nacional. Argumenta-se por um possível crescimento de 2,39% no Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil até 2032. Essa

30 STJ (REsp nº 1.101.015/BA, julgado sob o rito especial dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC/73). Segundo o Supremo Tribunal Federal, nas Ações Cíveis Originárias (ACOs) de n. 648 (BA), 660 (AM), 669 (SE) e n. 700 (RN) o valor da complementação da União ao FUNDEF deve ser calculado com base no valor mínimo nacional por aluno (VMNA) extraído da média nacional.

31 Horvath, Estevão; Pinheiro, Hendrick. Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS, Op. cit, p. 69.

32 Metade dos Municípios em contas no vermelho, e prefeitos pressionam por ajuda da União. Folha de S. Paulo, 20.8.2023 (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/08/metade-dos-municipios-tem-contas-no-vermelho-e-prefeitos-pressionam-por-ajuda-da-uniao.shtml>).

conclusão é resultado de um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)³³. A ideia é fomentar a economia e conseqüentemente arrecadar de forma mais eficiente.

Ressalta-se, no entanto, que *o modelo de regulação centralizada de tributação, muito comum em Estados Unitários, também tende a aumentar o tamanho do Setor Público na economia*. Isso porquanto se concentram poderes políticos em poucas autoridades públicas. Essa visão possui influência da Escola da *Public Choice*. Nesse sentido, o setor público pode ser visto como um agente monolítico, um “Leviatã”, que busca sua própria grandiosidade ao maximizar as receitas que extrai da economia³⁴.

Evidentemente, um dos argumentos clássicos em favor da descentralização fiscal (e aumento das autonomias locais) é que ela promove o desenvolvimento e a experimentação de novos modelos de políticas públicas.³⁵ *O florescimento de mercados prósperos não apenas depende de um sistema econômico bem estruturado, mas também de uma base política estável que restrinja a capacidade do Estado de interferir no acúmulo de riqueza*. O federalismo se mostrou essencial para o notável crescimento econômico da Inglaterra no século XVIII e dos Estados Unidos nos séculos XIX e início do século XX³⁶.

Embora a reforma fiscal tenha o argumento de modernização do sistema tributário, não se pode conceber que apenas sistemas centralizados levam ao desenvolvimento nacional. O argumento que pode ser utilizado, de fato, é a redução das desigualdades regionais. Esse é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III do artigo 3º da Constituição, segundo o qual se deve: “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

Desenvolvimento nacional não se confunde com transformação da Federação em Estado Unitário. Desenvolvimento nacional também é obtido por meio da preservação de identidades regionais e autonomias políticas. O dever de redução das desigualdades regionais deve ser interpretado sistematicamente com o sistema de democracia consensual própria do federalismo. O que o ordenamento constitucional determina é a busca da erradicação da pobreza, permitindo circunstancialmente a ocorrência de desigualdades sociais e regionais *desde que reduzidas e não desproporcionais, inseridas dentro de um desenvolvimento nacional inclusivo e dentro de um sistema democrático*.

11. FEDERALISMO COOPERATIVO, DEMOCRACIA CONSENSUAL E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O federalismo representa, igualmente, um exercício de democracia consensual, permitindo uma dispersão de poderes que dificulta a “tirania da maioria contra a minoria” (típica de uma democracia

33 OLIVEIRA, João Maria de. Propostas de reforma tributária e seus impactos: Uma avaliação comparativa. IPEA. CARTA DE CONJUNTURA. Número 60 — Nota de conjuntura 1. Brasília: IPEA, 3º trimestre de 2023

34 OATES, Wallace E. Toward a second-generation theory of fiscal federalism. *International tax and public finance*, v. 12, n. 4, 2005, p. 355.

35 OATES, Wallace E. On the evolution of fiscal federalism: Theory and institutions. *National tax journal*, v. 61, n. 2, 2008, p. 326.

36 WEINGAST, Barry R. The economic role of political institutions: Market-preserving federalism and economic development. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 11, n. 1, 1995, p. 1-31.

majoritária)³⁷. O federalismo permite maior nível de satisfação dos cidadãos com as políticas públicas executadas localmente, inclusive com uma maior adaptabilidade de suas preferências conforme clivagens étnicas, linguísticas e culturais³⁸.

Os pensadores clássicos louvam essa estrutura por sua habilidade em acolher comunidades com ideologias políticas distintas, ao mesmo tempo em que resguarda as liberdades políticas. De fato, somente um sistema que se baseie na democracia constitucional pode oferecer as garantias sólidas e os mecanismos institucionais que asseguram o respeito às competências legislativas das unidades federativas. Por outro lado, em um sistema não democrático, o federalismo pode ou não delinear de maneira clara esses processos políticos³⁹. Isso implica que o chamado “Federalismo cooperativo” não pode realizar tudo.

Deve-se fazer distinção entre o federalismo cooperativo enquanto prática e o federalismo cooperativo enquanto argumento. Alan Fenna define o “Federalismo cooperativo” como um termo abrangente que descreve uma série de práticas adotadas por governos nacionais em todo o mundo. Em certas análises, o federalismo cooperativo é inicialmente caracterizado por relações mutuamente benéficas que demandam uma atenção maior à coordenação administrativa. Posteriormente, evolui como uma adaptação pragmática de uma estrutura constitucional antiga às novas condições. Por outro lado, em outras perspectivas, esses padrões inicialmente baseados na cooperação mútua são substituídos por relações mais coercitivas e uma exploração oportunista por parte dos governos centrais, aproveitando suas posições dominantes nos domínios fiscal e constitucional nas federações⁴⁰.

Regimes autocráticos também podem utilizar o argumento do “federalismo cooperativo” para retirar autonomias dos entes subnacionais, sem que haja preocupação com combate às disparidades na qualidade dos serviços públicos e desigualdade social. Durante o regime militar no Brasil, Paulo Bonavides argumentava que a expressão “federalismo de cooperação” era “confortável, mas ingênua”. Para ele, o termo buscava esconder a “morte do federalismo baseado na autonomia dos Estados”⁴¹. A autocracia militar que se estabeleceu a partir da metade dos anos 60 levou Bonavides a afirmar que no federalismo brasileiro havia “mais características de um Estado unitário do que em todos os Estados unitários membros da Comunidade Europeia”⁴².

Igualmente, o argumento do federalismo cooperativo leva à centralização, mas não necessariamente reduz desigualdades sociais. Na esfera social, a Constituição brasileira de 1967 seguiu a tendência

37 Segundo Arend Lijphart, o federalismo fortalece a ideia de democracias consensuais em razão da dispersão de poder entre diversas esferas institucionais, potencializando o compromisso e a barganha política no controle das atividades governamentais, que também poderia ser chamada de “democracia de negociação”. Por outro lado, Estados Unitários seguem o modelo de democracia majoritária ou Westminster, em que se concentra o poder político nas mãos de uma maioria eventual (mesmo que pequena). Fonte: LIJPHART, Arend. *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six democracies*. New Haven: Yale University Press, 1999, 2-4.

38 BEDNAR, Jenna; ESKRIDGE Jr., William N.; FEREJOHN, John. “A Political Theory of Federalism”. In: FEREJOHN, John; RAVOKE, Jack N.; RILEY, Jonathan. *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 223-269.

39 STEPAN, Alfred. “Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder da demos”. *Dados*, vol. 42, no 2, 1999, p. 1.

40 FENNA, Allan. *Federalism and intergovernmental coordination*. In: *The SAGE handbook of Public Administration*, p. 750-763. London: Sage, 2012, p. 752-758.

41 BONAVIDES, Paulo. O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado. *Revista de Informação Legislativa*, n. 37, 1973, p. 1-15.

42 BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*, v. 17, n. 65, p. 115-126, jan./mar. 1980, p. 120.

do Estado Novo de Getúlio Vargas e eliminou a obrigatoriedade da destinação de receitas para o desenvolvimento do ensino, como constava no parágrafo 3 do artigo 65⁴³. O regime militar também flexibilizou os direitos trabalhistas⁴⁴ e foi marcado pelo aumento da desigualdade de renda⁴⁵.

CONCLUSÃO

A Constituição do Brasil estabelece o país como uma federação, destacando essa característica já no primeiro artigo. Além da União, o país é composto por estados, Distrito Federal e municípios. A autonomia financeira dos entes federados é um aspecto fundamental dessa organização federativa. Ela se baseia na garantia de recursos suficientes para cobrir suas despesas, permitindo que obtenham receitas de forma independente dos demais entes federativos. Essa autonomia financeira é essencial para a eficiência e a autonomia de gestão dos integrantes da federação brasileira.

Embora seja desejável a coordenação das políticas fiscais entre os entes federativos em prol do interesse comum, cada governo local foi eleito para implementar sua agenda política e não necessariamente para garantir programas do governo federal – essa é a essência do federalismo que não pode ser suprimida pela reforma fiscal.

Federalismo fiscal não é somente um problema econômico, mas um problema igualmente político, jurídico e social. Na visão de Thomas R. Dye, economistas que escrevem sobre “federalismo fiscal” ignoram a noção do federalismo como defesa contra maiorias auto-interessadas. Em sua visão, a noção puramente econômica ignora os problemas de limitação do poder do governo central. Dye defende que, ao atribuir funções governamentais específicas a níveis determinados de governo e ao criar um sistema de monopólios governamentais, os economistas enfraquecem o valor político do federalismo – o desenvolvimento de “interesses opostos e rivais” dentro do governo⁴⁶.

É impossível defender um país com diversidade ideológica, política e cultural a partir de uma uniformidade absoluta de decisões estatais. Nas palavras de Wildavsky:

43 Segundo o artigo 65, § 3º, da Constituição de 1967: “Ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, instituir tributos cuja arrecadação constitua receita do orçamento de capital, vedada sua aplicação no custeio de despesas correntes”.

44 Nas palavras de Ricardo Lara e Mauri Antônio da Silva: “No campo trabalhista houve grande retrocesso, com o fim da lei que garantia estabilidade aos trabalhadores após dez anos de trabalho na mesma empresa. Ela foi substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), criado pela Lei n. 5.107, de 1966, que estimulava a rotatividade da força de trabalho. Os recursos arrecadados foram aplicados no sistema habitacional, que seria financiado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH). O trabalhador, ao ser demitido sem justa causa, passava a receber uma indenização sobre o saldo do fundo que é composto por depósitos mensais efetivados pelo empregador, equivalentes a 8% do salário pago ao empregado, acrescido de correção monetária e juros”. Fonte: LARA, Ricardo; SILVA, Mauri Antônio da. *A ditadura civil-militar de 1964: os impactos de longa duração nos direitos trabalhistas e sociais no Brasil*. Serviço Social & Sociedade, p. 275-293, 2015, p. 278

45 Destaca-se a tese de Pedro Ferreira de Souza sobre o histórico da concentração de renda no país. A tese usa tabulações do imposto de renda para analisar séries históricas para a concentração de renda no Brasil entre 1926 e 2013. Segundo a pesquisa, a concentração de renda teve idas e vindas que, mesmo temporárias, foram significativas, coincidindo com os grandes ciclos políticos do país. A fração apropriada para o 1% mais rico aumentou durante o Estado Novo e a Segunda Guerra Mundial e caiu no imediato pós-guerra e, mais ainda, na segunda metade da década de 1950. A tendência foi revertida, no entanto, depois do golpe militar de 1964, com uma volta ao patamar de duas décadas antes. Os anos 1970 foram marcados por instabilidade, mas a desigualdade cresceu novamente na década seguinte. Em seguida, houve alguma desconcentração até o fim da década de 1990 ou, talvez, meados dos anos 2000, e estabilidade desde então. Fonte: SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013* [Tese de Doutorado]. Brasília: Universidade de Brasília; 2016.

46 DYE, Thomas R. *Liberty, markets, and federalism*. In: *Federalist government in principle and practice*. Boston: Springer, 2001., p. 7.

Uniformidade é antitética ao federalismo. A existência de estados livres para discordar uns dos outros e do governo central inevitavelmente leva à diferenciação... Pode-se acreditar na igualdade de oportunidades para ser diferente, mas não se pode acreditar na igualdade de resultados e ainda manter um sistema federal⁴⁷

A descentralização de competências tributárias é um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, como expresso na Constituição. Quando há uma forte concentração de recursos e decisões no governo central, isso pode afetar negativamente a autonomia dos estados e municípios, enfraquecendo o princípio federativo e a democracia consensual.

É previsível que a reforma fiscal ainda passe por inúmeros ajustes até a sua completa efetivação, mas algumas questões devem ser consideradas:

- (1) A autonomia de Estados e Municípios não pode se resumir a mera execução de planos e leis do governo federal, porquanto o sistema democrático brasileiro é construído pela pluralidade política e cultural de interesses regionais e não pela uniformidade autoritária;
- (2) O Conselho Intergovernamental responsável pela gestão do IBS não pode ser um mero executor de decisões do governo federal, devendo-se repelir intrusões injustificadas do governo federal;
- (3) A reforma fiscal privilegia equalização fiscal em desfavor do esforço arrecadatório dos entes federados no exercício de suas competências tributárias, não se devendo equiparar a autonomia financeira decorrente de receitas tributárias próprias com aquela decorrente de receita transferida. Deve-se ter em mente que esse modelo traz impactos consideráveis, transformando Estados e Municípios em meros lobistas por repasses de recursos.
- (4) No Brasil, há um extenso histórico de litígios judiciais envolvendo fundos de repartição fiscal e transferências em geral, devendo-se esforçar por arranjos que forneçam segurança jurídica na execução local de políticas públicas.
- (5) Desenvolvimento nacional não se confunde com transformação da Federação em Estado Unitário. Desenvolvimento nacional também é obtido por meio da preservação de identidades regionais. O dever de redução das desigualdades regionais deve ser interpretado sistematicamente com o sistema de democracia consensual própria do federalismo. O que o ordenamento constitucional determina é a busca da erradicação da pobreza, permitindo circunstancialmente a ocorrência de desigualdades sociais e regionais *desde que reduzidas, não desproporcionais, inseridas dentro de um desenvolvimento nacional inclusivo e incluídas em um sistema democrático.*

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. Estados federativos e unitários: uma dicotomia que pouco revela. *Revista de Sociologia e Política*, v. 28, 2020.

⁴⁷ Tradução livre de: “*Uniformity is antithetical to federalism. The existence of states free to disagree with one another and with the central government inevitably leads to differentiation... You can have a belief in equality of opportunity to be different, but you cannot have a belief in equality of results and still have a federal system*”. Fonte: WILDAVSKY, Aaron. “Federalism Means Inequality.” *Society*, 22, 1985, 7.

BONAVIDES, Paulo. O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado. Revista de Informação Legislativa, n. 37, 1973.

BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. Revista de Informação Legislativa, v. 17, n. 65, p. 115-126, jan./mar. 1980.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000.

CONTI, José Maurício. Federalismo fiscal e fundos de participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONTI, José Maurício. O voo cego da reforma fiscal. JOTA, v. I, p. 1, 2023.

CONTI, José Maurício. Reforma tributária e arcabouço fiscal só aumentam angústia dos prefeitos: cenário para as finanças municipais não se mostra promissor. JOTA, v. I, p. 1, 2023.

ELAZAR, Daniel J. Exploring federalism. University of Alabama Press, 1987.

MASCARENHAS, Caio. Notas sobre o federalismo fiscal, o federalismo competitivo e a constituição financeira no Brasil. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 3, n. 3, 2020.

MASCARENHAS, Caio Gama. Reforma tributária e o problema da partilha de receita de impostos. Migalhas, Ribeirão Preto, 20 jun. 2023.

PALERMO, Francesco; KÖSSLER, Karl. Comparative federalism: constitutional arrangements and case law. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2017.

WILDAVSKY, Aaron. "Federalism Means Inequality." Society, 22, 1985.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIREITO COMPARADO: REFLEXÕES METODOLÓGICAS E COMPARAÇÕES NO DIREITO CONSTITUCIONAL

COMPARATIVE LAW: METHODOLOGICAL REFLECTIONS AND COMPARISONS IN CONSTITUTIONAL LAW

Ilton Norberto Robl Filho¹

Atalá Correia²

RESUMO

O campo do direito comparado contemporâneo ganha maior relevância, no direito privado, a partir da Codificação Civil francesa de 1804, e no direito constitucional depois da Segunda Guerra Mundial. De outro lado, esse artigo demonstra que o comparativismo na seara jurídica possui raízes históricas mais antigas. Por sua vez, a primeira parte do texto reflete sobre questões metodológicas centrais, analisando as origens e principais características do comparativismo, além de enfrentar os temas da macrocomparação e da microcomparação. Ainda, a suposta função modernizadora do direito comparado é objeto de análise crítica, dialogando com as reflexões desenvolvimentistas e o pluralismo. A segunda parte do artigo sustenta que o campo contemporâneo do direito constitucional comparado, sem desconsiderar as especificidades do direito público, em muito se beneficia das análises promovidas pelo campo mais amplo do direito comparado e de discussões originalmente produzidas sob o influxo do direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado; Método; Direito Constitucional.

ABSTRACT

The field of contemporary comparative law gains greater relevance in private law from the French Civil Codification of 1804 on, and in constitutional law after the Second World War. We show, however, that comparativism in the legal field has older historical roots. In the first part of the article, we reflect on central methodological issues and analyze the origins and main characteristics of comparativism, in addition to addressing the themes of macro-comparison and micro-comparison. We also critically analyze the supposed modernizing function of comparative law within the frame of developmental reflections and pluralism. Without disregarding the specifics of public law, we argue in the second part of the article that the contemporary field of comparative constitutional law benefits greatly from the analyses promoted by the broader field of comparative law and from discussions originally raised under the influence of private law.

KEYWORDS: comparative law; method; constitutional law.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor da Faculdade de Direito da UFPR e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP Brasília). E-mail norbertorobl@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Professor do IDP – Brasília. E-mail atalacorreia@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O esforço de comparação assenta-se sobre algumas premissas. Ao comparatista cabe, em primeiro lugar, intuir que haja diversidade no mundo. Só é possível comparar dois objetos que não sejam iguais. Porém, é necessário que exista alguma semelhança entre o que há de ser confrontado, pois não é possível contrastar algo completamente único. Existindo múltiplas situações que não são perfeitamente idênticas, mas que, a seu modo, atendem a finalidades comuns, então é factível construir o conhecimento inovador. A comparação é, portanto, um método que procura identidades, valorizando, sobretudo, a particularidade de situações diversas como fonte de reflexão, categorização, generalização e aprendizagem. Em verdade, as especificidades podem revelar alguma universalidade³.

A comparação, em virtude das suas características, tem vocação dialética. Trata-se de ferramenta útil para que se vocalizem as identidades, ou seja, os aspectos comuns que nos aproximam uns dos outros, mas também para acentuar as particularidades daquilo que nos torna únicos. Ao entender o outro, compreende-se melhor a si mesmo⁴. Além disso, a comparação permite entender as diferenças existentes, de modo que, se for o caso, podemos vir a ser o que não somos.

Trata-se de fenômeno que se situa, dessa forma, na antessala da mudança, precisando essa questão ser bem compreendida. O mais ordinário é que o processo de comparação resulte na apresentação de uma taxonomia das realidades manejadas eventualmente acompanhada de um sentido qualitativo, do pior para o melhor. A técnica torna-se, então, ferramenta perigosa nas mãos de evolucionistas, que, sem respeitar as individualidades e as especificidades, pretendem sugerir ou impor modernização a outrem, assim como daqueles que pretendem impor uniformização e homogeneização em torno daquilo que consideram ser correto, eficiente ou belo. A comparação deve ser vista com ressalvas quando vem acompanhada de campanhas por aperfeiçoamento e evolução. Isso não impede, contudo, que a técnica tenha um sentido emancipatório quando, em vez de veicular imposições alheias, faculta ao indivíduo caminhar autonomamente, para alterar aquilo que, após suas comparações, considera necessário deixar de ser.

A comparação permite, nesse sentido emancipatório, oferecer o exemplo da experiência individual, para que os outros, no exercício de sua autodeterminação, possam evitar nossos equívocos, ao mesmo tempo que lhes mostra nossos eventuais acertos. Ao mirar-nos na diversidade, podemos, por outro lado, questionar se nossas escolhas trilharam o melhor caminho.

Esse artigo preocupa-se com comparação no direito, atentando principalmente para questões metodológicas. O item 1 traz reflexões sobre o campo mais vasto do direito comparado. Dessa forma, na seção 1.1, o texto examina questões metodológicas centrais, analisando as origens e principais características do comparativismo jurídico, além de enfrentar os temas da macrocomparação e da microcomparação. Em seguida, no item 1.2, a suposta função modernizadora do direito comparado é objeto de análise crítica, dialogando com as reflexões desenvolvimentistas e com o pluralismo.

3 “O universal, ao contrário, mesmo quando se põe em uma determinação, permanece nela o que é. Ele é a alma do concreto, ao qual é imanente, sem impedimentos e igual a si mesmo na multiplicidade e diversidade dele” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciência da Lógica: A doutrina do conceito*. Vol. 3. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 68).

4 “A consciência-de-si que pura e simplesmente é para si, e que marca imediatamente seu objeto com o caráter do negativo; ou que é, de início, desejo – vai fazer pois, a experiência da independência desse objeto” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 137)

Na seção 2, o direito constitucional comparado é objeto do texto. O item 2.1 sustenta que o contemporâneo direito constitucional comparado, sem desconsiderar as especificidades do direito público, em muito se beneficia das análises promovidas pelo campo mais amplo do direito comparado e de discussões originalmente produzidas sob o influxo do direito privado. A seção 2.2 apresenta dois exemplos de temas do direito constitucional comparado que dialogam com a reflexão mais ampla do comparativismo jurídico. Por fim, no último item, são formuladas as conclusões.

1. DIREITO COMPARADO

1.1. Questões Iniciais: Origens, Principais Características, Macrocomparação e Microcomparação

No campo jurídico, ao contrário do que a visão hegemônica do campo aponta, a comparação é instrumento que não surgiu somente a partir do Código de Napoleão⁵⁶. Basta lembrar que, no Século IV A.C., Aristóteles procurou identificar e classificar as diversas formas de constituição política das cidades gregas, falando-nos de monarquia, despotismo, aristocracia, tirania, oligarquia e democracia⁷. Por sua vez, o espírito prático romano não impedia que institutos estrangeiros fossem internalizados e adaptados⁸. Tito Lívio diz-nos, por exemplo, que os patrícios romanos enviaram representantes a Atenas, para “copiar as famosas leis de Sólon e estudar, em outras cidades gregas, as instituições, os costumes e as leis”⁹. Suspeita-se, por exemplo, que a *longi temporis praescriptio*, relevante questão para o instituto da prescrição, resulte de um transplante do direito Grego¹⁰. A cultura jurídica luso-brasileira é, a seu modo, indelevelmente marcada por esse esforço de comparação, não só pelo recurso ao *jus commune* em sua formação, mas também pela menção expressa, na passagem à modernidade, da necessidade de filtro, segundo as regras da boa-razão, ou seja, “aquella boa razão, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas”¹¹.

5 Nesse sentido: “Modern comparative lawyers, the editors of this Handbook assure me, tend to date the foundation of their discipline to the nineteenth century and to promulgation of the great European codes. As a legal historian, I found that notion a bit strange and puzzled as to where I would put the origins” (DONAHUE, Charles. Comparative law before the Code Napoléon. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 3).

6 Não sustentamos, de forma anacrônica, que o direito comparado, da forma que existe hoje, já se observava na Grécia ou na Roma antiga. De outro lado, não é correto teoricamente afirmar que o surgimento das comparações, no âmbito jurídico, somente ocorreu com o fenômeno da codificação.

7 ARISTÓTELES. A Política. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: La Fonte, 2020, ebook.

8 O direito romano não se rende facilmente ao direito estrangeiro, mas tampouco se encontra isolado. Sobre esse ponto, vide mais detalhadamente SCHULZ, Fritz. Princípios do Direito Romano. São João da Boa Vista: Sorocabana, 2020, p. 89 e seguintes.

9 Tradução livre de: “Cum de legibus conveniret, de latore tantum discreparet, missi legati Athenas Sp. Postumius Albus A. Manlius P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iuraque noscere” (LIVIO, 3, 31,8; LIVE, Tite. Histoire Romaine. Trad. Eugène Lasserre. T. II. Paris: Garnier Frères, S/D, p. 82). Para um debate sobre o real fundamento deste transplante, vide WATSON, Alan. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 27.

10 AMELOTTI, Mario. La prescrizione delle azioni in Diritto Romano. Milano: Giuffrè, 1958 p. 181.

11 Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão, cf. BRASIL. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. 14. ed. Candido Mendes de Almeida (Org.). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870, vol. III, p. 728. Vide ainda CORRÊA TELLES, J. H. C. Commentario Critico a Lei da Boa Razão. Lisboa: Tip. Maria da Madre de Deus, 1865. Sobre o papel da Lei da Boa Razão, cf. MARQUES, Cláudia Lima; CERQUEIRA, Gustavo (Org.). A Função Modernizadora do Direito Comparado: 250 Anos da Lei da Boa Razão. São Paulo: YK, 2019; RANGEL, Alan Wruck Garcia. Lei da Boa Razão e Comparativismo Jurídico na Doutrina Civilista Brasileira de 1850 a 1880. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 17, n. 1, p.78-91, 2020

Entretanto, a partir da segunda metade do Século XIX, pode-se falar do emprego sistemático da comparação como técnica de investigação científica no campo do direito e, mais que isso, da formação do direito comparado. Nasce a *Société de Législation Comparée*¹², com seu boletim mensal. São criadas as primeiras disciplinas dedicadas ao tema em faculdades europeias¹³. Fez-se sentir, então, a necessidade de compartilhar experiências e descobrir, a partir das diferenças dos costumes e tradições, as grandes linhas de evolução existentes no mundo das ideias e que se traduziam em diferentes leis.

O direito comparado não tem como objeto específico o direito estrangeiro. O estudo da legislação de outro país, como ocorre com o direito nacional, é elemento relevante, mas por óbvio não esgota os estudos sobre institutos jurídicos e as funções que certos instrumentos jurídicos produzem. Vale dizer, a técnica do direito comparado exige imersão sobre o direito estrangeiro, de modo que se possa conhecê-lo em sua estrutura e função, mas não se resume nesta análise, exigindo que, a seguir, seja feita uma síntese e confronto com outros direitos, para ao final serem apontadas simetrias e assimetrias. Na bela síntese de Constantinesco, “au fond, il s’agit de connaitre pour pouvoir comprendre et de comprendre pour pouvoir comparer”¹⁴.

Assim, a macrocomparação toma por base todo ou grande parte de um ordenamento jurídico, para procurar identificar famílias, como o direito islâmico, o *common law* e o direito de origem romano-germânica¹⁵. Do mesmo modo, pode-se falar em sistemas de direito constitucional, com leis magnas escritas ou com regras consuetudinárias de organização estatal. Ainda, atualmente há reflexões relevantíssimas sobre os sistemas híbridos (*mixed legal system*), que são formadas a partir de diversas culturas jurídicas e de inúmeros fenômenos históricos. Existem ordenamentos jurídicos que são conformados, por exemplo, simultaneamente pelo *common law*, pelo direito romano-germânico e pelos direitos e cultura jurídica das comunidades tradicionais, o que ocorre especialmente nos países que foram colonizados e ocupados por países europeus. A macrocomparação necessita contemporaneamente preocupar-se sinceramente com os efeitos da colonização, encontrando-se atenta aos direitos das comunidades tradicionais.

Por sua vez, a microcomparação tomará em suas mãos um instituto jurídico, procurando avaliar como é tratado em mais de um país ou ordenamento jurídico. Pode-se tomar em consideração a garantia fundamental da liberdade de expressão, para traçar um paralelo de suas manifestações em pontos diversos do globo.

Escolher o objeto de investigação talvez seja o principal problema presente na metodologia do direito comparado¹⁶. O mais comum é que o pesquisador tome em consideração o objeto de sua curiosidade

12 ALLORANT, Pierre; BADIÉ, Walter. La Société de Législation Comparée: Boîte à Idées du Parlementarisme Libéral de l’Empire Libéral à la République Opportuniste. *Clio@Themis* [En ligne], 13 | 2017, mis en ligne le 02 octobre 2017. Disponível em <http://journals.openedition.org/cliiothemis/844> ; DOI : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.844>, acesso em 25 ago. 2022.

13 ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. Introdução ao Direito Comparado. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 15.

14 Tradução livre: “No fundo, trata-se de saber para poder compreender e de compreender para poder comparar” (CONSTANTINESCO, Léotin-Jean. *Inexécution et Faute contractuelle em Droit comparé: Droits Français, Allemand, Anglais*. Bruxelles: Librairie Encyclopedique, 1960, p. 15).

15 DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Para uma discussão do significado das tradições jurídicas do *common law* e do direito romano-germânico, sob a perspectiva brasileira, vide ONOFRI, Renato Sedano. *A Construção de Uma Tradição Jurídica: Memória, Esquecimento e a Codificação Civil Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018.

16 É comum que a doutrina discuta se o direito comparado é um ramo do direito ou uma metodologia de pesquisa. Consideramos não ser um ramo do direito, porque não há normas no ordenamento sobre direito comparado. Trata-se de campo de investigação, eventualmente utilizado por privatistas e publicistas. Não há, entretanto, uma metodologia, mas muitas metodologias possíveis, a depender dos problemas que se apresentem. As metodologias são, portanto, adequadas ou não aos problemas

de, para contrastar o tratamento legal que ele recebe aqui e alhures. Se desejo entender como cada Estado regula a liberdade de reunião, tomamos as diversas normas escritas, nos textos legais e constitucionais, confrontando-as. Disso resulta, ao menos duas descrições paralelas, de como é certo instituto jurídico num país e em outro. Essa análise, entretanto, se revela ordinariamente pobre em seus resultados.

A comparação legal com frequência apresenta resultados enviesados. Pode ocorrer, por exemplo, que determinado país não preveja em seu texto constitucional a expressa proteção ao direito de reunião, o que poderia levar à conclusão de que o tema não recebe ali a atenção devida ou a proteção desejada. Sob o ponto de vista prático, pode ocorrer que as reuniões neste país ocorram sem embaraços, porque um outro direito qualquer, como a liberdade de expressão, seja interpretado de modo a salvaguardar a aludida prática. Ademais, pode haver questões linguísticas¹⁷, estruturais e culturais diversas que, para além do campo estritamente legal, possam influenciar a percepção do problema que inicialmente se desejava investigar¹⁸.

Desse modo e principalmente na microcomparação, a abordagem funcional apresenta contribuições importantes. Nessa perspectiva, o investigador deve se perguntar como um determinado problema da vida recebe solução jurídica em outro país, buscando compreender, inicialmente, as características socioeconômicas que ele apresenta e, então, o enquadramento jurídico e legal que recebe. É necessário, ainda, conhecer como os conceitos legais e constitucionais respectivos se articulam e, sempre que possível, como a jurisprudência constrói as soluções concretas. A pesquisa pode envolver, então, a análise de textos legais, o exame da doutrina, a realização de entrevistas com especialistas e a interpretação de precedentes.

Como consequência da abordagem funcional, é factível que o investigador compreenda que, em um país, o instituto da liberdade de expressão é utilizado para assegurar as reuniões em praça pública, mas que, em outros, a solução tenha amparo em institutos diversos, os quais, na prática, assumem o papel de franquear a possibilidade de encontros públicos¹⁹. Dessa forma, entende-se que alguns países, ao adotar constituições analíticas e diretivas, resolvem os problemas de maneiras diversas. Dito isso, como resultado de uma boa pesquisa em direito comparado, obtêm-se a visão clara do que se passa alhures e também a compreensão das vantagens e desvantagens das soluções adotadas internamente no país do investigador.

1.2. Perspectiva Desenvolvimentista e Pluralismo

A partir da compreensão da multiplicidade de soluções possíveis que os diversos ordenamentos

investigados. Com isso, queremos destacar que a metodologia é aqui considerada como estratégia investigativa adequada para os problemas mais comuns do direito comparado. Entretanto, ela varia conforme os problemas possam revelar características específicas. Sobre uma visão geral da metodologia científica e suas vicissitudes, vide KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de Metodologia Científica: Teoria da Ciência e Iniciação à Pesquisa*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

17 Como Alan Watson adverte, “the French control, domicile, tribunal administratif, notaire, prescription and juge de paix, are not the English ‘contract’, ‘domicile’, ‘administrative tribunal’, ‘notary public’, ‘prescription’ and justice of the peace’ (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 11)

18 “De notar que o Direito Constitucional Comparado não deve se reduzir a uma simples exegese das normas jurídicas que se oferecem à comparação, nem apenas ao cotejo de Códigos semelhantes, tampouco na acumulação de dados históricos sobre influências, repercussões e paralelismos. É preciso que o observador leve em conta as conexões reais entre os fenômenos, os condicionantes econômicos e sociais. Pode ocorrer que instituições apareçam formalmente como semelhantes, mas não devem ser levadas em linha de consideração se a realidade social e política que lhes dá vida for diferente ou até mesmo contraditória” (CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História: Origem e Reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 15).

19 “Comparáveis são os diversos institutos que, em diversos sistemas e com soluções eventualmente diversas, são resposta jurídica a necessidades semelhantes, resolvem o mesmo problema da vida, isto é, o mesmo problema social, político, econômico ou criminológico” (ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 27)

prescrevem a um problema, é comum que se proponham ajustes. Sob essa perspectiva, há sugestões de que, por exemplo, o Brasil deveria aproximar o seu procedimento de execução de dívida líquida contra credor solvente daquele que se vê em Portugal; ou de que o Brasil poderia adotar um sistema de semipresidencialismo tal como se vê em terras lusitanas²⁰. Essas transformações podem objetivar uma suposta modernização ou o desenvolvimento, mas, alternativamente, quando os espaços geográficos se estreitam, é possível que a pesquisa proponha uniformização, de modo que os intercâmbios realizados entre eles sigam normas mutuamente inteligíveis²¹.

Em particular, a dita função modernizadora sugere que direito comparado instrumentalize o desenvolvimento dos países, de suas economias e de seus sistemas legais²². Daí seu estreito vínculo com o campo de pesquisa denominado “direito e desenvolvimento”²³. Após contrastar sistemas estrangeiros, o jurista conseguiria propor ajustes e melhoramentos das regras existentes em seu país por adaptação, respeitando sua lógica e tradição, ou, de modo mais abrupto, proporia o puro e simples empréstimo de um determinado instituto, tal e qual se vê no estrangeiro. Há, portanto, um vasto campo, para estudos das formas em que há difusão, transferência, recepção e empréstimos de institutos jurídicos de uma cultura para outra²⁴. Muito comumente, fala-se de transplante legal para designar a possibilidade de mudança de uma regra ou sistema de regras, de um país para outro, de um povo para outro²⁵.

A visão desenvolvimentista muito frequentemente padece de alguma ingenuidade²⁶, por imaginar que a enorme complexidade, a qual permeia a sociedade e sua relação com a riqueza, possa ser reduzida a poucos aspectos, que, ao gosto do positivismo científico, seriam passíveis de controle. Ainda, sob esta premissa, são superestimadas as funções referentes a aspectos puramente jurídicos da realidade

20 Sobre a recíproca influência do direito constitucional brasileiro e português, vide MOURÃO, Fernando de Albuquerque; PORTO, Walter Costa. As Constituições de Língua Portuguesa. In: MOURÃO, Fernando Augusto Albuquerque, PORTO, Walter Costa; MANTOVANNI, Thelmer Mário (org.). As Constituições dos Países de Língua Portuguesa. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008, p. 13-19.

21 Sobre funções modernizadora e uniformizadora do direito comparado, vide OVÍDIO, F. Aspectos do Direito Comparado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo, 79, 161-180. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>, acesso em 26 ago. 2022.

22 “The prime virtue of Comparative Law is the understanding it can give of the nature of law and especially of legal development. By means of it we should be able to isolate the factors which actually have led to a real innovation in a particular society. We should also learn whether a legal rule which is transported to another system is likely to exist unchanged in its new setting. We shall discern more clearly the conditions which favour legal development both in general and in a particular direction, and the conditions which hamper development” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 16)

23 Para uma visão geral do tema, cf. PRADO, Mariana Mota. What is Law and Development? Revista Argentina de Teoria Jurídica, Vol. 11, No. 1, October, 2010. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1907298>, acesso em 27/8/2022. Registramos que a visão de Mariana Mota Prado é bastante elaborada e não padece dos vícios metodológicos aqui apontados no campo desenvolvimentista. Para o cenário brasileiro, vide OLIVEIRA, Roberson Campos de; GENNARI, Adilson Marques. História do Pensamento Econômico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-362.

24 Vide esta discussão em: TWINING, William. Social Science and Diffusion of Law. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, pp. 203–40, 2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3557226>, acesso em 28 ago. 2022.

25 Sobre a circulação de modelos jurídicos na América Latina, cf. FRADERA, Vera Maria Jacob de. A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um Entrave à Integração Econômica no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, vol. 736/1997, p. 20 – 39, Fev / 1997.

26 Twining qualifica alguns modelos de difusão como ingênuos (“naive”), em sentido aproximado ao que utilizamos aqui. Para ele, “The naive model postulates a paradigm case with the following characteristics: [A] bipolar relationship between two countries involving a direct one-way transfer of legal rules or institutions through the agency of governments involving formal enactment or adoption at a particular moment of time (a reception date) without major change. Although not explicitly stated in this example, it is commonly assumed that the standard case involves transfer from an advanced (parent) civil or common law system to a less developed one, in order to bring about technological change (‘to modernize’) by filling in gaps or replacing prior local law. There is also considerable vagueness about the criteria for ‘success’ of a reception one common assumption seems to be that if it has survived for a significant period ‘it works’” (TWINING, William. *Social Science and Diffusion of Law*. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, 2005, p. 205, 2005).

no desenvolvimento social.

Assim, para que uma nação paupérrima possa desenvolver-se economicamente, não basta que transplante para seu território todo o ordenamento jurídico de um país rico. De igual modo, e isso é bastante evidente no cenário contemporâneo, há países riquíssimos, em termos de Produto Interno Bruto, que, a par de semelhanças possíveis, organizam-se sobre sistemas jurídicos bastante diversos, servindo como exemplo a China e os Estados Unidos. Vale dizer, uma lei que funciona bem em um país pode mostrar resultados frustrantes em outros. De modo semelhante, uma mesma lei em países diversos pode trazer resultados práticos distintos²⁷.

Não se quer, com isso, defender algum tipo de niilismo ou relativismo absoluto. Não sustentamos a ausência de qualquer sentido possível na mudança que se segue à comparação. Naturalmente, os legisladores e juristas erram e acertam. Encontram boas e más soluções. Estamos apenas frisando que a comparação não é determinante para a equação deste problema. Se esta ressalva for bem considerada, deixando-se de lado cegos afãs, o esforço comparativo auxiliará com elementos de prudência para que as mudanças de um sistema jurídico frutifiquem²⁸.

De todo modo, em certos momentos, a visão desenvolvimentista esteve permeada de certo colonialismo, o qual propugnava o transplante para países subdesenvolvidos de institutos legais próprios de países desenvolvidos. Isso ignorava, em grande parte, o papel que regras informais exercem no quadro institucional do desenvolvimento, deixando de explicar satisfatoriamente como melhorias legais podem contribuir para o desenvolvimento²⁹. Assim, não era de se espantar que os resultados finais tenham se mostrado duvidosos diante desta estratégia desenvolvimentista rudimentar por transplantes legais³⁰.

27 “A rule of Swedish law which is successful at home might be a disaster in the different circumstances existing in Scotland; a rule of French law which there works badly might provide an ideal rule for Scotland” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 17). Igualmente, “(...) rules of private law can have a different effect at different times within the same society. It cannot be doubted either that a rule transplanted from one country to another, from Germany to Japan, may equally operate to different effect in the two societies, even though it is expressed in apparently similar terms in the two countries” (WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2ª ed. Londres: Georgia U. Press, 1974, p. 20). Talvez, assim, assistisse razão a Savigny ao afirmar que “nos tempos mais antigos aos quais se estende a história autêntica, verifica-se que a lei já havia alcançado um caráter fixo, peculiar ao povo como sua língua, costumes e constituição. Mais ainda, esses fenômenos não têm existência separada; são apenas as tendências e faculdades particulares de um povo inseparavelmente unido, e apenas mostram a nossos olhos a aparência de atributos distintos. Aquilo que os une é a convicção comum do povo, a consciência de uma necessidade interior, excluindo toda a noção de uma origem acidental e arbitrária (...)” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Da vocação do nosso tempo para a legislação e jurisprudência*. Os grandes filósofos do direito. Clarence Morris (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 289)

28 Para este debate, vide CERQUEIRA, Gustavo. *Comparação Jurídica e Ideias de Modernização do Direito no Início do Século XXI*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 7-23, 2020.

29 O papel das regras informais e uma tentativa de explicação do sentido da evolução institucional são temas explorados em NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. Trad. Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

30 “However, this model of legal development did not fit squarely with the spirit of the 1960s and the needs of the development agencies. In an era in which development policy favored a Strong and proactive le for the state, a legal theory was needed that would promote the use of law as an instrument to modernize Society. In such a vision, lawyers, and judges were seen as social engineers, who would cultivate the legal norms and the chances in the formal system of law needed to promote progressive political and economic development. The emphasis on law as an instrument of a modernizing state and the Weberian idea of a set of formal rules that guaranteed predictability did not sit easily together. To bridge the gap, law and development scholars produced a hybrid theory, dubbed by some ‘liberal legalism’ that sought to unite a faith in the rule of law with a commitment to aggressive social engineering. It was assumed that this hybrid was the prevailing ethos of US legal culture, and if exported to the developing world it would hasten progress towards modernity (...) In the mid 1970s, however, a series of articles appeared that challenged the original ideas of the law and development (e.g., Trubek and Galanter 1974). These articles reflected a growing unease among scholars regarding the assumptions and prescriptions of legal liberalism. A decade of experience with the original approach showed there were serious problems with the strategy of transplanting foreign legal models through an elitedriven approach that did not coincide with the cultural, social, and political contexts of the developing countries (Burg 1977, Merryman 1979). The failure of legal transplants and the stigma of ‘legal imperialism’ (Gardner 1980) convinced many that the movement had got off on hte wrong foot” (TRUBEK, David. *Law and Development*. In: SMELSER, N. J.; BALTES Paul B. (eds.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Pergamon, Oxford, 2001, p. 8443)

Com isso, deve-se reconhecer que, por vezes, também o direito comparado esteve essencialmente centrado na perspectiva ocidental dos fenômenos jurídicos, a qual considerava notadamente a comparação entre sistemas legais europeus, deixando de lado uma visão pormenorizada da multiplicidade de fenômenos que florescem em sociedades periféricas na comunidade global³¹.

Sob esse cenário, para além de sistemas que poderiam ser identificados com uma das grandes famílias jurídicas (*common law*, sistema romano-germânico, sistema islâmico), surgem inúmeros sistemas “híbridos” (eventualmente chamados *mixed legal systems* ou *mixed jurisdictions*). Os principais exemplos tradicionalmente envolvem a bem conhecida interpenetração de elementos do *common law* e do sistema romano-germânico, tal como se vê na Louisiana, Estados Unidos da América, ou na Escócia, no Reino Unido³².

Entretanto, a doutrina recentemente volta-se para a necessidade de entender a justaposição, no território nacional, de tradições e culturas jurídicas distintas, notadamente a envolver populações nativas³³. A experiência boliviana parece ser indicativa dessa realidade. A Constituição daquele país se declara “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”, da qual resulta “pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (art. 1º). Isso assegura, no que é mais relevante para o presente estudo, que “las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190, I)³⁴.

O pluralismo jurídico intranacional manifesta-se de modo forte ou fraco³⁵. Em um modelo fraco, convivem sob o mesmo espaço nacional normas relativas a culturas diversas, mas que se reconciliam sob o poder estatal, notadamente após a valoração judicial. Num modelo forte, as normas existem sem necessidade de reconciliação ou de recondução a princípios mínimos comuns. É fácil perceber, que, sob o

31 TWINING, William. Social Science and Diffusion of Law. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2, 2005, pp. 203–40. Disponível em JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/3557226>, acesso em 28.8.2022.

32 A literatura, embora reconheça que há muitas formas de pluralismo, ordinariamente só se refere a sistemas mistos (*mixed systems*) para tratar um grupo seletivo de cerca de 16 exemplos onde o direito segue tanto influências da *common law* quanto do sistema romano-germânico. Assim, o critério decisivo apontado por Vernon Valentine Palmer parece indicar que “in the mixed-jurisdiction family one expects a large number of principles and rules to be of distinguishable pedigree, even including non-substantive aspects of the law, such as the nature of institutions and the style of legal thinking. One consequence of distinctive bijurality is to experience relatively clear metes and bounds so that the internal passage from common law to civil law substance or reasoning is a well-defined transition. Psychologically speaking, actors and observers within such a system will be cognizant of and will acknowledge the dual character of the law” (PALMER, Vernon Valentine. *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge U.P., 2012, p. 9).

33 Sobre esse tema, vide, em particular: PALMER, Vernon Valentine; MATTAR, Mohamed Y; e KOPPEL, Anna. *Mixed Legal Systems, East and West*. Burlington: Ashgate, 2015.

34 Sobre este tema, explica-nos Gladstone Leonel da Silva Júnior, o seguinte: “Os sistemas políticos, econômicos e jurídicos das várias nações dos povos bolivianos estão ligados, via de regra, à territorialidade que ocupam e a partir dessa reprodução social, se dará a jurisdição indígena originária campesina. Assim, essa jurisdição realizar-se-á nos respectivos territórios dessas comunidades e povos indígenas originários campesinos. Logo, as jurisdições serão várias e paritariamente consideradas frente às outras que compõem os órgãos do sistema de Justiça na Bolívia. Ela não será regida por temática específica, nem obedecerá a princípios previamente estipulados, mas àqueles valores culturais, procedimentos e normas próprias das comunidades. As autoridades/lideranças locais cumprirão o papel de magistrados, sendo responsáveis por interpretação das normas e decisão dos casos. Certamente, existem distintas formas de vivência humana que devem ser consideradas e têm o potencial de gerar tensões entre os conviventes. Essas decisões não podem desprezar princípios fundamentais, ou garantias mínimas, da Constituição, extrapolando medidas que ferem a razoabilidade e geram graves opressões aos submetidos a elas. Das decisões desarrazoadas caberão recursos ao Tribunal Constitucional Plurinacional competente para julgar o caso e respeitar a interculturalidade devida na lide” (SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. *A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia como um Instrumento de Hegemonia de um Projeto Popular na América Latina*. Tese Doutorado. Brasília, UnB, 2014, p. 208).

35 Essa classificação é proposta em: ÖRÜCÜ, Esin. Diverse Cultures and Official Laws: Multiculturalism and Euroscepticism? *Utrecht Law Review*, Vol. 6, No. 3, p. 75, 2010. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1714430>, acesso em 29.8.2022.

segundo modelo, diversos problemas se apresentam. É necessário entender se, sem um mínimo de unidade jurídica, persiste ainda a própria noção de Estado, de democracia e de direitos fundamentais. Assim, há clara tensão entre monismo e pluralismo, entre universalismo e respeito a culturas locais, questões que só podem ser resolvidas no plano constitucional e da própria teoria do direito.

De modo amplo, podemos dizer que o estudo de direito comparado lança muitos desafios. Existe o desafio de compreensão histórica do fenômeno, o qual em boa medida envolve o entendimento dos modos pelos quais há difusão de modelos, assim como a necessidade de se entender a relação dos transplantes com a economia, a sociedade e a política. Na medida em que o estudo avança, é necessário equilibrar o pluralismo com a própria teoria do Estado, com a teoria do Direito e com a Constituição.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

2.1. Renascimento na Metade do Século XX e Discussão sobre a Especificidade do Campo

No cenário contemporâneo, observa-se um inicial predomínio da comparação no direito privado, o que é próprio da globalização. Por outro lado, no campo do direito constitucional comparado, ocorreram três grandes ondas de estudos comparativos a partir do final da década de quarenta do século passado³⁶. A primeira onda é estabelecida com o fim da segunda grande guerra, impondo-se reflexões profundas sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos, o Estado de Direito, os modelos de governo democrático e as funções dos tribunais, por exemplo. Não se pode olvidar da necessidade de adoção de novas constituições na Alemanha, na Itália e no Japão. O segundo momento adveio com o processo de descolonização na África depois do longo processo de opressão praticado principalmente por potências europeias, surgindo, no âmbito prático, a necessidade de estabelecimento de constituições nacionais em razão das independências. Por fim, a terceira onda advém das transições de governos autoritários para democráticos, na década de oitenta do século passado, na América Latina, assim como da desestruturação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas com o advento de novas constituições para o leste europeu.

É um absurdo lógico e histórico não reconhecer a existência de estudos comparados, no direito público e no direito constitucional, nos séculos XIX e no início do século XX. No Brasil, são relevantes os estudos do Visconde do Uruguay sobre o Estado e a administração pública no Brasil, refletindo com auxílio e em diálogo com ordenamentos estrangeiros, buscando compreender e analisar o melhor modelo para o Brasil imperial³⁷. A influência da constituição e do constitucionalismo americano foi forte na constituição brasileira de 1891, assim como nos estudos e na atuação política de Rui Barbosa³⁸. Nesse contexto, são im-

36 TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 1.

37 Nesse sentido: “Na viagem que ultimamente fiz á Europa não me causarão tamanha impressão os monumentos das artes e das sciencias, a riquezas, força, e poder material de duas grandes nações a França e a Inglaterra, quanto aos resultados praticos e palpaveis de sua administração. (...) Convenci-me ainda mais de que se liberdade política he essencial para a felicidade de uma Nação, boas instituições administrativas apropriadas ás suas circunstâncias, e convenientemente desenvolvidas não o são menos” (URUGUAY, Visconde. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, pp. III-IV).

38 Observa a manifestação de Rui Barbosa no período da elaboração da constituição brasileira 1891: “Por mais distantes que sejam as duas situações, o espírito inevitavelmente se me inclina a comparar o que se está presenciando atualmente, entre nós, com o que, ao mesmo respeito, se passava, há um século, na América da Norte. Nem tudo são analogias, é certo, entre as duas situações. Há contrastes entre elas; mas esses mesmos contrastes reforçam a conclusão” (BARBOSA, Rui. *Organização das Finanças Republicanas*. Sessão em 16 de novembro de 1890. In: . *Obras Completas de Rui Barbosa: a Constituição de 1891*, Volume XVII. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, p. 149.

portantes os estudos contemporâneos que apontam, de forma consistente e metodologicamente adequada, a existência da comparação no direito público antes do período moderno³⁹.

Por sua vez, é verdade que certa visão da teoria de Montesquieu⁴⁰, a qual representa a compreensão disseminada entre os constitucionalistas sobre a ontologia das cartas magnas, sustenta a existência de peculiaridades históricas e culturais que moldam o surgimento de constituições. Assim, não se observou um campo específico, próprio e sistemático de reflexões sobre direito constitucional comparado como existia no direito privado a partir do início do Século XX. De outra banda, mesmo com as peculiaridades de cada fenômeno constitucional, essa realidade não obsta a realização de estudos comparativistas, tampouco impede de se observar as inúmeras semelhanças entre o comparatismo de direito privado e o de direito público⁴¹. Tudo o que aqui foi dito sobre a comparação e o direito comparado, aplica-se ao subcampo do direito constitucional comparado, razão pela qual, ao longo do raciocínio, procuramos deixar de lado os tradicionais exemplos de comparação relativos ao direito privado, trabalhando com temas constitucionais, na seção 1 acima neste artigo.

De certa forma, o renascimento do direito constitucional comparado⁴² acaba por sobrevalorizar as peculiaridades do constitucionalismo e do fenômeno constitucional, indicando de maneira exacerbada as supostas diferenças em relação aos métodos, aos problemas e às reflexões do campo mais amplo da direito comparado. Nesse sentido, afirma-se que as forças econômicas que produziram o campo do direito comparado e os estudos comparativistas no direito privado são mais robustas, sendo a influência das questões econômicas menos intensas no direito constitucional. A literatura especializada no comparativismo constitucional ainda entende que, apesar de o direito privado ser produzido de acordo com a moldura constitucional e do direito público, a maior parte das regras e princípios constitucionais não possui influência no direito privado⁴³.

Uma suposta relação menos profunda entre fatores econômicos e constitucionais é descolada do passado, do presente e do futuro do constitucionalismo. Questões econômicas exigem, por excelência, decisões constitucionais, tal como preconiza a visão clássica da filosofia política e da teoria constitucional⁴⁴. Contemporaneamente, a modificação ou a manutenção dos textos constitucionais são debatidos a partir de diversas perspectivas, porém o aspecto econômico possui enorme relevância. Ainda, há importantes discussões sobre a necessária modificação da regulamentação jurídica da tecnologia digital e sobre o impacto social daí advindo, o que não engloba apenas e principalmente o campo do direito privado, e sim o

39 Nesse sentido: “Contemporary discussions in comparative constitutional law often proceed as if there is no past, only a present and a future. However, many of the purportedly new debates in comparative constitutional law (...) have early equivalents, some of which date back over two millennia” (HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 10).

40 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

41 “However, there is nothing in the logic of comparative law, apart from its history and tradition to indicate that comparative law should only deal with private law. Thus, recently there has been growing interest in comparative public law, comparative constitutional law, comparative human rights, comparative criminal law and comparative procedural law” (ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twentyfirst Century*. Leiden: Springer, 2004, p. 171)

42 Sobre o campo do direito constitucional comparado, cf., por exemplo, ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2012.

43 Nesse sentido, cf. TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 2.

44 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. 1. ed. 1. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 22-60.

direito público e o direito constitucional. Reconhece-se o forte poder econômico das grandes companhias de tecnologia da informação, fator esse relevante a dificultar tanto as modificações no direito privado como no direito público⁴⁵. Assim, não é correta a afirmação de que a prática e as demandas econômicas influenciam mais o direito privado do que o direito público.

Outro argumento recorrente na literatura especializada sobre a substancial particularidade do direito constitucional comparado diz respeito às diferenças estrutural e funcional entre direito constitucional e público, de um lado, e entre direito privado, de outro. Apontam-se os seguintes elementos: a) poder privado não é criado pelo Estado, b) poder público é definido e controlado pelo governo, c) direito público não trata somente de escolhas deliberativas racionais sobre modelos, porém também se relaciona de maneira intensa com a história, a cultura, as religiões e as diversidades linguísticas e d) história e política são fatores mais determinantes para o direito público do que para o direito privado⁴⁶. Sem sombras de dúvidas que existem diferenças entre direito público e direito privado, mas os elementos apontados acima não devem ser superestimados.

Embora se diga que as regras de direito público derivam exclusivamente do embate de forças políticas internas e históricas, há, sem ter como negar esse fato, inegável similitude de regras e princípios ao redor do globo, evidenciando que a história das ideias de um tempo não se adstringe ao local onde surgem. As normas de direito constitucional nacionais não são isoladas de todo o resto do mundo, isto é, as regras, os princípios e os institutos constitucionais não são completamente únicos para cada país. Nesse sentido, basta lembrar as influências recíprocas entre pensadores e institutos durante a independência dos Estados Unidos da América e a criação da Constituição Federal, de um lado, e as reflexões políticas e jurídicas antes e depois da Revolução Francesa, de outro lado, bem como a série de países, como o Brasil, cuja tradição jurídica dialoga e adota categorias constitucionais de outros países.

As questões históricas, linguísticas, culturais, religiosas e políticas influenciam as regulamentações tanto no direito privado como no direito público. Por sua vez, não nos parece que existam razões suficientes para afirmar, em virtude desses elementos, a enorme especificidade do subcampo do direito comparado constitucional em relação ao direito comparado em geral e do direito privado. As adoções de institutos jurídicos privados em temas constitucionais também são frequentes, sendo exemplos a contratualização e a responsabilidade gerencial da administração pública⁴⁷. Ainda é superdimensionada a visão da forte distinção entre o poder no campo público e na esfera privada. Cada vez mais se observa uma relação intensa e próxima desses poderes, os quais interagem e muitas vezes fundem-se no contexto contemporâneo⁴⁸.

45 Sobre a exacerbada adoção da liberdade econômica na condução da regulamentação jurídica inadequada, especialmente no campo do direito público, acerca das novas tecnologias digitais, cf. GREGORIO, Giovanni De. *Digital Constitutionalism in Europe Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Ainda, com precisão registra a doutrina que: “a regulamentação pública na área de digitalização muitas vezes encontra resistência considerável por parte das empresas de TI, que tentam impedir ou desarmar a regulação na medida do possível” (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital, Desafios para o Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 59).

46 BELL, John. *Comparative Public Law*. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. 3rd ed. Saint Paul: Foundation Press, 2014, p. 168-169. Nessa toada também: “The use of comparative law study in areas of public law has a different purpose, context and subject matter from its use in private law. The contexts are wider, institutional settings more complex and history has a more poignant place in the development of public law” (ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twentyfirst Century*. Leiden: Springer, 2004, p. 173).

47 Cf. CELONE, Cristiano; ROBL FILHO, Iilton Norberto. *A Garantia Constitucional da Responsabilidade Gerencial: Responsabilidade por Resultados dos Dirigentes Públicos nos Sistemas Brasileiro e Italiano e as Relações entre Órgãos Políticos e Administrativos*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, p. 471, 2020.

48 Cf. SUSSKIND, Jamie. *Future Politics: Living Together in a World Transformed by Tech*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 211-256; 345-366.

Revela-se simplista a adoção de uma perspectiva rígida sobre o caráter pré-estatal dos poderes privados e as características estatais do poder público. Questões de direito privado são fixadas pela lei e pela jurisprudência (manifestações do poder estatal). Além disso, o poder econômico privado cada vez mais é objeto do direito econômico (direito administrativo). Temas de família e de consumo são objeto de políticas públicas. De outra banda, o poder público não possui sua gênese somente no direito estatal, sendo fruto das relações sociais e econômicas para além do Estado.

2.2. Questões Metodológicas Relevantes para o Atual Direito Constitucional Comparado

No intuito de ressaltar diferenças, afirma-se, de modo comum, que o estudo do direito constitucional necessita de uma maior compreensão histórica, política e cultural do que os institutos do direito privado. Entretanto, como pudemos destacar, a comparação só é possível se entendermos as igualdades e disparidades a partir de um contexto histórico, social e político, de maneira que a necessidade de contextualização existe tanto quando o paralelismo toma como objeto o direito público quanto considera o direito privado. Nossa tese de que as reflexões do direito comparado são aplicadas e relevantes para o subcampo do direito constitucional comparado, apesar das peculiaridades do direito público e do constitucionalismo, sustentam-se com alguns exemplos, que já foram apresentados acima, sendo ainda expostos mais dois nesta parte.

Em primeiro lugar, o método funcionalista é objeto de discussão e empregado no comparativismo constitucional⁴⁹, porém, conforme demonstrado no item 1.1, é ferramenta metodológica utilizada em geral nos estudos comparativistas. Nesse contexto, observam-se reflexões que repensam o método funcionalista nos estudos comparativistas, os quais com certeza auxiliam também no âmbito específico do direito constitucional.

São críticas tradicionais ao método funcionalista a falta de uma reflexão mais robusta sobre seus pressupostos teóricos, a ausência de uma concepção precisa do termo função e a suposta desconsideração de aspectos culturais. Por sua vez, o funcionalismo no direito comparado pode beneficiar-se bastante da análise do funcionalismo nas ciências sociais. Apesar de não possuir atualmente grande prestígio na sociologia contemporânea, há destacadas concepções do funcionalismo nas ciências sociais que foram incorporadas nessa seara do conhecimento⁵⁰, podendo também serem fonte de inspiração para o comparativismo jurídico. Assim, por exemplo, o funcionalismo de Merton aponta que não existem apenas elementos funcionais na sociedade, ocorrendo também instituições não funcionais e disfuncionais⁵¹.

Essa reflexão deve auxiliar as comparações jurídicas, já que o método funcionalista tradicional pressupõe que as regulações jurídicas existentes são funcionais, disciplinando assim problemas similares, em diversos ordenamentos, de maneira mais ou menos uniforme, mas eficientes. Em outras palavras, essa reflexão sociológica é um alerta epistemológico para o direito comparado, porque existem instituições

49 “To study constitutional law scientifically, scholars came to think, required the identification of functions common to all constitutional systems, such as the allocation of governing authority among the three branches of government (...). With the common functions identified, scholars could examine the different ways in which domestic constitutions performed those functions. (...)” (TUSHNET, Mark. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. 2nd. Cheltenham, UK; Northampton, USA, 2018, p. 3).

50 MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 381.

51 MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 352-353.

jurídicas e constitucionais que são disfuncionais ou não funcionais, sendo essa informação relevante para conduzir adequadamente uma comparação sólida.

O desenvolvimento do método funcionalista no direito, a partir da concepção de funcionalmente equivalente, permite conceder maior firmeza metodológica, partindo do pressuposto de que uma instituição é uma resposta possível, porém não necessária para certo problema, consistindo em solução possível dentre diversas outras e ressaltando que uma instituição se encontra inserida em complexo sistema social interdependente⁵².

Em segundo lugar, as reflexões críticas que se veem no direito comparado ecoam no subcampo do direito constitucional comparado. De acordo com o demonstrado no item 1.2, existe uma perspectiva modernizadora simplista dos institutos jurídicos e sociais nos países em desenvolvimento, entendendo que a adoção de modelos jurídicos dos Estados desenvolvidos solucionaria necessariamente diversos problemas jurídicos e sociais. Essa é perspectiva reducionista, ou ingênua, a qual sobrevaloriza os modelos jurídicos de países do norte global (Europa e Estados Unidos principalmente). No direito constitucional comparado, há crítica ao caráter supostamente universal do campo, quando a reflexão é promovida a partir de funções e estruturas especialmente do norte global, concedendo menor importância aos ordenamentos, aos conhecimentos e às práticas do sul global. Assim, bastante conhecida é a discussão sobre a universalização de valores e de institutos constitucionais, apontado, por exemplo, a existência de visões especialmente europeias e norte-americanas sobre o conteúdo dos direitos humanos, mas sustentando que são direitos universais⁵³.

No comparativismo constitucional, a literatura aponta que: a) o processo de colonização de diversos países ocorreu em contexto de diversidades culturais, linguísticas e étnicas, podendo o tema do multiculturalismo e da diversidade ser abordado de forma mais satisfatória com as contribuições do sul global, b) há poucos estudos sobre experiências constitucionais de grande parte do mundo como África Subsaariana, América Central e Eurásia, c) existe uma falsa universalidade nos pressupostos do constitucionalismo global ao desconhecer de maneira efetiva diversas realidades constitucionais. Dessa forma, o foco quase exclusivo concedido à perspectiva constitucional do norte global produz enganos e falsas generalizações, no subcampo do direito constitucional comparado, representando um problema metodológico severo, mas que felizmente passa a ser enfrentado com a literatura contemporânea⁵⁴.

CONCLUSÃO

A condução de pesquisas com auxílio do direito comparado, na nossa perspectiva, deve ser incentivada, pois permite uma análise plural e mais densa dos objetos de pesquisa. Isso não significa que toda a reflexão jurídica necessita empregar esse instrumento, já que a comparação jurídica depende do desenho da pesquisa, do objeto, das hipóteses e dos objetivos de investigação. De outra banda, caso se opte

52 MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press Inc. New York, 2008, p. 358-359.

53 Para uma análise sobre o universalismo nos direitos humanos, cf. DONNELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 29, 281-306, 2007.

54 HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 209-215.

por utilizar do direito comparado, é importante conhecer o campo da comparação jurídica, tendo ciência de elementos centrais do seu método e adotando cuidados epistemológicos e práticos. Dessa forma, o artigo apresentou e analisou criticamente a) as características e os elementos tanto do fenômeno da comparação como do método funcional, b) a micro e a macrocomparação, c) as precauções sobre a função modernizadora e acerca de perspectivas simplistas em relação à adoção de modelos jurídicos estrangeiros. Ainda, o artigo demonstrou como o sub-campo do direito constitucional comparado, mesmo com suas relevantes peculiaridades, beneficia-se das discussões e dos debates contemporâneos do campo mais amplo do direito comparado. As ferramentas do direito comparado foram aplicadas ao direito constitucional comparado, desde o início do texto.